ITALY

TRATTATO

DELLA

PRESCRIZIONE ACQUISITIVA

NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

LA PRESCRIZIONE NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

— I. —

TRATTATO

DELLA

PRESCRIZIONE ACQUISITIVA

NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

DELL'AVVOCATO

GIUSEPPE PUGLIESE
Patrocinante in Alessandria.

SECONDA EDIZIONE INTIERAMENTE RIFATTA

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
MILANO — ROMA — NAPOLI
1901

LA SOCIETÀ EDITRICE

La nostra Società è lieta di ripresentare al pubblico italiano, in una novella edizione, la **Prescrizione Acquisitiva**, dell'Avv. Giuseppe Pugliese.

L'Autore ha intieramente riveduta e migliorata l'opera sua, e ne ha anzi rifatto parecchi capitoli; ha preso in esame tutte le principali questioni che vennero discusse in dottrina e giurisprudenza dopo la pubblicazione della prima edizione, ed ha aggiunto un capitolo del tutto nuovo per trattare della prescrizione immemoriale, istituto la cui importanza non è ancora cessata.

La Casa Editrice confida che a questa edizione, la quale offre al lettore un lavoro più perfetto, non mancherà quel favore, di cui venne ritenuta meritevole la prima.

Torino, Luglio 1901.

Per la Società Editrice
LUIGI MORIONDO, Direttore.

LA PRESCRIZIONE

NEL

DIRITTO CIVILE ITALIANO

INTRODUZIONE

Tantum aevi longinque valet
mutare vetustas.
ENEIDE, III, 415.

SOMMARIO: 1. *Efficacia del tempo sui rapporti giuridici.* — 2. *Modi con cui si manifesta. - Critica delle teoriche del Windscheide del Grawein.* — 2[bis] *Opinione professata dall'autore. - Critica di un'opinione del Savigny (in nota). - Prescrizione ed usucapione e loro differenze essenziali.* — 3. *Ragione dell'opera e distribuzione della materia.*

1. — Il Giureconsulto Marciano nel Fr. 40, D. *de peculio*, 15, 1, lasciò scritto: *Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur*; *et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini.* Ciò che Marciano disse del peculio, conviene ad ogni diritto, perchè ognuno nasce, cresce, decresce, muore. Cotale evoluzione dei diritti si effettua in virtù della influenza del tempo, la cui efficacia, come si manifesta su tutti gli organismi fisici, tanto che l'uomo si trova qual'è ora in virtù di lentissime, impercettibili trasformazioni che si andarono compiendo attraverso i secoli, così si fa sentire anche nell'ordine giuridico, come complesso dei diritti mediante i quali si esplica la umana personalità.

Non posso quindi accettare in tutta la sua ampiezza il noto aforismo: *tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris.* Certo il decorso del tempo non basta a costituire un diritto, il sorgere del quale esige l'azione dell'uomo, ma d'altra parte nessun diritto è eterno. Se si considera il diritto come una norma obbiettiva dell'operare dell'uomo, emanazione diretta dell'idea morale, esso è eterno, come il principio, donde proviene e trae tutta la sua virtù. Ma come facoltà subbiettiva, come potestà di agire entro certi limiti e contrappeso dell'interesse personale, esso va soggetto alla forza del tempo, il cui solo decorso basta talvolta a togliergli ogni efficacia.

2. — L'azione del tempo sul diritto si spiega in diversi modi, dando luogo a diverse categorie d'istituti giuridici.

Discordano gli autori circa la determinazione di cotali diversi modi di azione, e sulle conseguenti distinzioni, che ne discendono.

Il Windscheid (1) fa queste distinzioni:

1° La portata giuridica di un fatto dipende dal momento o punto di tempo, al quale esso appartiene;

2° La portata giuridica di un fatto dipende dalla quantità di tempo trascorso dopo di esso.

3° Il decorso del tempo è per sè giuridicamente importante, in quanto la durata di un certo stato di cose influisce sulla conformazione dei rapporti giuridici.

Le distinzioni del Windscheid debbono porsi in relazione non all'acquisto o alla perdita di un diritto per effetto del decorso di un certo periodo di tempo unito o non ad altri elementi, ma all'importanza che può avere un momento di tempo per la nascita, l'estinzione e la modificazione di un rapporto giuridico. Ora non è questo un criterio accettabile, perchè la importanza, che può avere un momento per gli effetti testè accennati, si riduce spesso a quella di un fatto puramente accidentale, privo dell'attitudine a servire da concetto direttivo per separare una categoria d'istituti giuridici da altra che sia più o meno affine.

Non è quindi meraviglia che le distinzioni proposte dal Windscheid si appalesino del tutto arbitrarie. Così alla prima categoria egli ascrive l'esercizio dei diritti, a cui dalla legge o dalla convenzione è prefisso un termine, e alla terza, oltre la prescrizione, l'estinguersi della *exceptio non numeratae pecuniae* pel decorso di due anni e delle obbligazioni dello *sponsor* e del *fidepromissor* in ugual tempo secondo l'antico diritto. Ma non si arriva a comprendere per quali caratteri questi due casi si separino da quelli contenuti nella prima categoria.

Un diverso sistema fu propugnato dal Grawein (2). Secondo questo autore i diversi casi, in cui un diritto viene meno pel decorso di un termine legale, non rappresentano un fenomeno giuridico con carattere unitario, sibbene fenomeni essenzialmente diversi, e potrebbero essere coordinati nel seguente prospetto:

1° La temporalità del diritto o termine legale. Il tempo come misura degli effetti di un fatto generatore di diritti;

2° La prescrizione e fenomeni simili. Il tempo come misura

(1) *Pandette*, 1, § 102 (traduzione Fadda e Bensa).

(2) *Prescrizione e termine legale*. Vedi Windscheid, *Pand.*, 1, pag. 1056 e segg. Note dei traduttori.

per la estensione di un fatto distruttivo di diritti, il quale si compie estendendosi nel tempo;

3° La usucapione e fenomeni simili. Il tempo come misura per l'estensione di un fatto creativo di diritti, il quale si compie estendendosi nel tempo e i cui effetti scacciano un diritto anteriore per via di collisione;

4° I termini presuntivi. Il tempo come misura per la durata di uno stato di fatto, che forma la base per la presunzione della cessazione di un diritto;

5° I termini preclusivi del diritto materiale. Il tempo come misura per la durata della possibilità di compiere un atto con efficacia giuridica.

La classificazione del Grawein si appoggia al criterio vero, che è quello di considerare l'acquisto o la perdita del diritto come conseguenza di uno stato di fatto durato per un certo periodo di tempo. Ma presenta poi due vizii; l'uno è quello di aver dimenticato quei fenomeni in cui l'acquisto e la perdita del diritto sono prodotti esclusivamente dal decorso di un certo periodo di tempo; l'altro è quello di un eccesso di distinzioni destituite di un ragionevole fondamento. Pertanto la classificazione del Grawein riesce difettosa ed arbitraria. Valga il vero. Le categorie 2ª e 3ª in realtà non ne formano che una sola, di fronte al criterio supremo. Vanno poi rigettate come estranee all'azione del tempo sull'acquisto e sulla perdita di un diritto le categorie 1ª e 4ª, sebbene in appoggio di quest'ultima si possano invocare le disposizioni di alcune legislazioni positive. La quinta categoria appartiene alla famiglia, ma in una classificazione generale si riunisce naturalmente a quella della prescrizione da cui si distingue per differenze secondarie. Essa forma una sotto-classe, non una classe autonoma.

2*bis*. — Per distinguere sistematicamente gli effetti del tempo sui rapporti giuridici, è necessario aver riguardo a quell'unico criterio razionale, che è posto dalla relazione tra una certa durata di tempo e l'acquisto o la estinzione di un diritto; e restano quindi eliminate tutte quelle distinzioni in cui un momento temporale può trovarsi unito ad un rapporto giuridico, senzachè su di esso eserciti una diretta influenza il decorso di un certo periodo di tempo.

Cotale criterio importa che l'azione del tempo considerata sotto questo aspetto non si manifesta che in uno di questi due modi:

1° Il solo decorso del tempo senza che intervenga alcun fatto positivo o negativo dell'uomo fa acquistare o perdere certi diritti; ad esempio: minore o maggior età nei riguardi civili e penali,

per contrar nozze, per accedere a certi pubblici uffici, per adottare, per testare;

2° Il decorso del tempo unito al fatto dell'uomo fa acquistare o perdere certi diritti: prescrizione, perenzione d'istanza, termini legali, giudiziali, convenzionali (1).

Evidentemente la seconda categoria occupa un posto più ragguardevole nella trattazione del diritto, perchè, mentre la prima si accontenta di una misura generale adatta alle circostanze di tempo e di luogo, la seconda richiede invece un complesso di norme legali, precise, che governino il fatto dell'uomo produttivo di conseguenze giuridiche, e gli impongano modi e confini.

Questa seconda categoria si suddivide in due altre secondarie, secondochè il fatto dell'uomo, durato pel tempo definito dalla legge, produce l'acquisto o la perdita di un diritto (2). Alla prima di queste

---

(1) SAVIGNY (Sistema IV, c. III, § 177, trad. SCIALOJA, pag. 369) afferma l'esistenza di una terza categoria di effetti del tempo: Connessione dei diritti con rapporti di tempo affatto speciali, dove dunque non si tratta del compimento di tutto un lasso di tempo, sia per un fatto od ommissione dell'uomo, sia per circostanze accidentali. In questa categoria il SAVIGNY fa rientrare questi casi: interdetto *de itinere*, che si accorda quando l'attore ha esercitato nell'ultimo anno il passaggio non meno di 30 giorni; interdetto *de aqua* connesso coll'avere usato una volta dell'acquedotto nell'ultimo anno; antico interdetto *utrubi*, quando l'attore durante l'ultimo anno aveva posseduto la cosa più a lungo del suo avversario; il duplice calcolo dei danni nell'*actio legis aquiliae*, poichè all'attore si accorda di scegliere entro l'ultimo mese, in alcuni casi entro l'ultimo anno, quel momento, in cui la sua pretesa può elevarsi al più alto grado; la presunzione della paternità collegata coll'avere in un determinato spazio di tempo anteriore alla nascita del figlio, ma non necessariamente in tutto questo tempo, la madre vissuta in matrimonio.

Non posso accettare questa categoria, nella quale non veggo traccia di acquisto o perdita di diritti per conseguenza del decorso di un certo periodo di tempo. I casi dell'*actio legis aquiliae* e degli interdetti concernono o il modo di determinare il valore economico di un diritto o le condizioni necessarie al sorgere di un'azione; quello della presunzione di paternità fa della appartenenza del momento del concepimento ad un dato spazio di tempo un coefficiente di una presunzione *juris*. In tutti questi casi il tempo non compie la funzione di elemento operativo ed autonomo.

(2) È opinione diffusa fra molti autori che il non uso è privo di qualsiasi influenza sui diritti (Vedi MAYNZ, *Droit Romain*, 1, § 7). Ma non pertanto si ammette da tutti che le azioni vanno soggette alla prescrizione estintiva, ciò che era impossibile negare. Non accetto questa dottrina. Un solo diritto, non prescrittibile, io conosco, la proprietà piena ossia la signoria sulla cosa nostra, la quale si perde da noi solo allora che altri la acquisti. Tutti gli altri si consumano col non uso. Ciò anzi è espressamente stabilito dalla legge per alcuni fra i diritti reali. D'altronde dacchè l'azione è il mezzo di perseguire in giustizia il riconoscimento del proprio diritto, a che si ridurrà questo, quando pel non uso l'azione sarà estinta? Ritornerò sull'argomento a luogo più opportuno.

suddivisioni appartiene l'usucapione volgarmente detta prescrizione acquisitiva; alla seconda la prescrizione propriamente detta e gli istituti affini.

A questa suddistinzione potrassi forse obbiettare che una linea netta di separazione fra prescrizione acquisitiva ed estintiva non è ancora stata segnata, e forse non è neppur possibile, tant'è che in parecchi casi sorge il dubbio se un dato effetto debba attribuirsi all'una od all'altra (1); che i diritti reali, ad eccezione della proprietà piena, vanno soggetti alle due prescrizioni, acquistandosi essi col possesso, e perdendosi col non uso; che infine non si avvera l'acquisto di un diritto dall'un lato, se non vi è la perdita del medesimo dall'altro. Le obbiezioni non reggono. La corrispondenza della perdita all'acquisto non è sempre vera, perchè, ad esempio, nella perenzione e nella decadenza la perdita di un diritto si avvera sempre, ma l'acquisto non avviene se non per via indiretta e per *consequentiam.* — La classificazione per sua natura non esclude già qualsiasi somiglianza ed affinità tra le varie specie che accoglie, le suppone anzi ed esige per poterle tutte riunire nello stesso genere; ma per distribuirle in diverse classi ricorre alle differenze fondamentali, per cui ciascuna di esse si distingue dalle altre. E poichè nella usucapione il fatto precipuo è l'acquisto del diritto, come effetto del possesso lungamente continuato colle qualità richieste e nella estintiva invece l'effetto più rilevante è la perdita del diritto per l'inazione ugualmente protratta, giustamente la classificazione si appoggia a questi due fatti principali e più importanti.

3. — Tuttavia, come giova subito notare, le moderne legislazioni, e fra esse la patria, hanno seguìto un diverso sistema. Esse hanno tentato, per quanto le differenze fondamentali fra le due prescrizioni lo consentivano, di fonderle in un solo ed identico istituto. Nè il sistema è nuovo, poichè ha le sue radici nelle riforme di Giustiniano, il quale compiendo l'opera iniziata molto tempo prima di lui, fuse l'usucapione e la prescrizione di lungo tempo in una sola istituzione a cui diede il nome di *l. t. praescriptio*, e la quale accoglieva in sè gli effetti dell'antica usucapione e quelli della prescrizione temporale. Ma i legislatori non riuscirono, in onta ad ogni loro sforzo, ad ottenere quella completa fusione, a cui si ribellava

(1) Ciò si avvera, ad esempio, nelle piantagioni fatte senza osservare le distanze legali. — Altri casi dubbi avremo a considerare nella liberazione del fondo dai pesi che lo gravano, in seguito ad un possesso pacifico, e nella materia dell'usucapione decennale.

l'intima natura delle due prescrizioni che si volevano compenetrare. Della differenza vi sono vestigia e non poche nel nostro stesso Codice, come vedremo fra breve: e la necessità della distinzione si manifesta ogni qualvolta uno speciale fenomeno giuridico richiede la esatta determinazione dell'istituto, in cui ha la sua causa. I nomi e le nozioni di prescrizione acquisitiva ed estintiva, nate appunto dopochè Giustiniano compieva la fusione su accennata, hanno sempre continuato a risuonare nella scuola e nel fôro, dimostrando colla loro voce l'esistenza dei due diversi concetti. Pure è mestieri riconoscere che l'acquisitiva e la estintiva, se non possono formare un solo istituto perchè differenti quanto alle loro funzioni, ai loro effetti ed ai loro scopi, avendo comune un elemento, la durata cioè di un certo stato di cose per un tempo determinato, non possono non avere eziandio comuni molte delle norme dirette a disciplinarle. E forse fu questa la cagione precipua, che mosse i legislatori ad unificare nella codificazione i due istituti, dettando per ambedue le medesime regole.

Ciò non di meno io penso, che una trattazione separata per ciascuna di esse, che di ciascuna mostri il modo speciale di operare; che ricerchi la diversa maniera con cui il disposto legislativo si applica all'una ed all'altra; che di ciascuna segua lo svolgersi e studii gli effetti, come è necessaria nei rapporti scientifici, così debba tornare utile in quelli pratici. Molti errori sono penetrati nella materia delle prescrizioni; e ciò per questa irrazionale confusione. Solo una disamina a ciascuna di esse particolare può purgarne il campo (1).

---

(1) La tesi contraria è stata di recente sostenuta dai prof. Fadda e Bensa nelle note al Windscheid (*Pand.*, vol. 1°, pag. 1074 e segg.). Essi così ragionano. Dal punto di vista economico qualunque prescrizione è acquisitiva ed estintiva ad un tempo, poichè in ogni prescrizione vi è un patrimonio che perde ed un altro che fa un acquisto. Non sono circostanze decisive: che la usucapione si riferisca ai soli diritti reali e la prescrizione colpisca in genere tutte le azioni; che quella miri in prima linea all'acquisto, questa alla perdita, perchè l'unità del concetto di convenzione non vien meno per ciò che essa abbia per oggetto acquisto o perdita vuoi di diritti reali vuoi di obbligazioni. La tradizione giuridica moderna è tutta per l'unità del concetto di prescrizione. Dai glossatori fino alla scuola storica fu accettata; la scuola del diritto naturale dette l'ultima mano alla teoria unificatrice. L'unica disciplina è tanto necessaria, che lo stesso Codice civile germanico così recisamente avverso all'unità di concetto rinvia ripetutamente dalla usucapione alla prescrizione.

È un ragionamento che non ha nulla di persuasivo.

All'argomento, che qualunque prescrizione è acquisitiva ed estintiva, ho risposto poco addietro.

Quanto agli altri argomenti, se non sono criterii sufficienti a stabilire delle semplici suddivisioni fra due istituti giuridici della stessa famiglia le circo-

Anche qui, come in ogni parte del diritto, il progresso vero sta nel ritorno alle fonti, nello studio accurato dei veri principii che disciplinano ogni istituto. Questa fu la ragione che m'indusse a trattare separatamente delle due prescrizioni, allontanandomi dal metodo, in genere seguìto dagli Scrittori, di esaminare in cumulo le norme ad entrambe attinenti. Io non so se il mio lavoro riu-

---

stanze che l'uno tenda all'acquisto non in prima linea, ciò che lascierebbe motivo di supporre che abbia altri obbiettivi secondarii, ma in modo esclusivo e l'altro alla perdita, che l'uno abbia per oggetto i soli diritti reali e l'altro tutti i diritti in genere, non si saprebbe davvero immaginare quali caratteri più spiccati di distinzione fra due sotto-classi sia dato ritrovare. Se per le convenzioni, il mirare esse all'acquisto piuttosto che alla perdita, l'avere esse per oggetto piuttosto un diritto reale che uno di obbligazione non crea alcuna distinzione, ciò dipende dal fatto che quelle differenze non alterano le norme, da cui le convenzioni in genere sono disciplinate. Lo stesso non può dirsi e nessuno in verità ha mai detto della prescrizione, non potendo negarsi che la prescrizione diretta all'acquisto ha un contenuto particolare di oggetti, di elementi costitutivi, di effetti diverso da quello della prescrizione diretta alla perdita. Una serie di circostanze può riuscire indifferente ad un dato istituto che si comporti sempre in uno stesso modo di fronte ad esse, e può invece esercitare un'influenza specifica sopra di un altro istituto. Donde segue che il potersi mediante un forzato collegamento di effetti antitetici ridurre ad una unica concezione economica la prescrizione sia che miri all'acquisto sia che tenda alla estinzione di un diritto non esclude che giuridicamente le due sue funzioni siano due lati ben distinti dello stesso concetto.

La evoluzione della usucapio e della *temporis praescriptio* e la progressiva loro elaborazione, per cui si discostarono dai rigidi tipi primigenii, condussero a stabilire la comunanza del principio supremo, a cui i due istituti si appoggiano. Ma l'unità del fondamento razionale non esclude le differenze fra gli istituti che da esso sorgono e si muovono per vie diverse: nell'unità del fondamento trovasi la ragione, per cui molte delle regole, che governano il corso del tempo, le cause interruttive e sospensive, l'orbita di azione della prescrizione in genere, sono comuni all'acquisitiva e all'estintiva; nelle differenze del successivo sviluppo trovasi la ragione opposta, per cui ciascuna delle due prescrizioni ha regole sue particolari che all'altra non si adattano, e, ad un tempo, la radice degli errori che la unificazione empirica ha prodotto sia nel campo scientifico, sia in quello pratico (*res facultatis*, prescrizione dei diritti condizionali, effetti dell'acquisitiva decennale). La forza della verità è tanta, che gli stessi prof. Fadda e Bensa finiscono con ammettere l'opportunità di separatamente disciplinare i due istituti. Ma allora è lecito domandare quale valore abbia l'unità del concetto. Perchè o questa unità vuol portarsi ai suoi logici e inevitabili corollarii, e deve avere per effetto un'unica prescrizione, che in sè assorba le diverse funzioni, che sono assegnate non solo all'acquisitiva ed alla estintiva ma eziandio alle decadenze di diritto civile, o non la si vuol spingere sino a cotale assurda conseguenza ed allora all'unità di concetto bisogna sostituire l'unità di categoria includente le suddivisioni.

Su questa questione cons. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n[i] 34 e segg., dove vedesi un prospetto delle regole comuni alle due prescrizioni e delle differenze che le separano.

scirà ad incarnare il disegno che aveva fermato nella mente; tanto non presumo, ma se riuscisse a dissipare alcuno degli errori, lo riterrei già abbastanza proficuo. Questo so, che mi vi sono accinto con un pensiero e con un desiderio, quello di ricercare la verità senza preconcetti e senza prevenzioni.

Chiudo questa introduzione, col distribuire la materia, oggetto delle mie ricerche. Nella prima parte di questo lavoro studierò la usucapione o prescrizione acquisitiva, che nel patrio diritto ha due forme, la trentennaria e la decennale; esaminerò anzitutto le norme ad entrambe pertinenti, poi partitamente scenderò a trattare di ciascuna di esse; e studierò infine la prescrizione immemoriale, rivolgendo sopratutto il mio esame alle applicazioni, che ha ancora nel diritto vigente.

Nella seconda parte studierò la prescrizione estintiva cominciando anche qui dalle norme generali e passando poi alle varie suddivisioni: prescrizione ordinaria di trent'anni, — brevi prescrizioni, — prescrizioni presuntive. Passerò in succinta rassegna le prescrizioni sparse nel Codice Civile, e mi occuperò anche con quella ampiezza, che l'importanza della materia richiede, delle prescrizioni introdotte dal Codice di Commercio. Porrò termine alla seconda parte colla disamina delle norme, che regolano la prescrizione in genere nello spazio e nel tempo.

PARTE PRIMA

LA PRESCRIZIONE ACQUISITIVA NEL DIRITTO ITALIANO

CAPITOLO I.

Cenni Storici.

4. — Presso tutti i popoli esistette certamente l'istituto della prescrizione, perchè presso tutti si fece sentire il bisogno di restringere entro confini precisi l'incertezza dei dominii e dei diritti, e di stabilire un limite, oltre il quale non fosse più lecito di esercitare le azioni. Ma delle forme, sotto cui si esplicò presso i varii popoli dell'antichità, la storia non ci ha lasciato contezza; segno certo che rimasero nello stato rudimentale, sì da non meritare un cenno di ricordo.

Sola fra le antiche legislazioni, la Romana fece della prescrizione un istituto giuridico sottratto all'arbitrio del giudice, che era chiamato a decidere intorno ai diritti contesi, e retto da norme chiare e precise; e distinse con cura l'usucapione come mezzo di acquisto di un diritto dalla prescrizione delle azioni. Anche in questa parte la Romana Sapienza compiè un lavoro di lento, ma incessante affinamento di concetti giuridici, mercè il quale la prescrizione dagli umili suoi primordii fu portata a quel grado di

perfezionamento in cui la ricevettero le posteriori legislazioni, bisognosa solo di quelle poche modificazioni che i nuovi tempi e le mutate condizioni sociali esigevano.

Tuttavia giova notare che l'usucapione nella sua forma primitiva aveva una funzione diversa da quella che venne ad assumere in seguito. È noto di fatto che nei primi tempi essa era un mezzo introdotto dal *Jus Civile* per l'acquisto del dominio quiritario a fianco della *in jure cessio* e della *mancipatio* (1). Il principio virtuale dell'acquisto stava pur sempre in una convenzione liberamente conchiusa, ma non atta ad attribuire il *dominium* per l'ostacolo frapposto dalla deficienza delle formalità solenni richieste dal Diritto Civile. — Donde seguono due corollarii: il primo che l'*usucapio* essendo un istituto di *Jus Civile* non procedeva se non in concorso di tutti i requisiti da questo voluti per l'efficacia degli atti civili (2); il secondo che dato il concorso di tali requisiti, ad essa bastava un possesso colorato da una *justa causa* indipendente del tutto dall'elemento della buona fede. Solo in seguito, adattatasi l'*usucapio* ad altri scopi diversi dall'acquisto del dominio quiritario, e specialmente sotto l'influenza della formola Publiciana, si sentì il bisogno di scindere la *justa causa* in due elementi *titulus et fides*.

5. — Le Leggi delle XII Tavole dettarono norme per la usucapione. Stabilirono che le cose mobili si usucapissero in un anno, le immobili in due.

Non deve sorprenderci il brevissimo tempo. Lo scopo dell'usucapione di dare validità civile ad un acquisto precedentemente fatto giustificherebbe per sè solo la brevità. Inoltre le condizioni economiche di quei tempi dimostravano sufficiente quello spazio, perchè gli interessati potessero far valere le loro ragioni. Ed infine il termine brevissimo presentava due rilevanti vantaggi: in primo luogo, rendendo al più presto irrevocabili i fatti acquisti, nessuna parte del piccolo territorio restava incolta o mal coltivata, ciò che importava alla Repubblica; in secondo, giovava ad impedire al più presto le frodi, che un alienante di poca coscienza potesse perpetrare contro l'acquirente.

---

(1) E ciò che viene chiaramente detto da Gajo, II, § 41. " Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias, semel enim impleta usucapione, proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in jure cessa esset ".

(2) Come sarebbero la capacità di acquistare la proprietà quiritaria nel soggetto, e l'idoneità della cosa.

I requisiti dell'usucapione secondo il sistema delle XII Tavole erano i seguenti:

a) L'acquirente doveva essere cittadino od almeno avere il *jus commercii.*

b) La cosa doveva essere atta all'usucapione. Erano eccettuate le cose fuori di commercio, *res publicae, universitatis, sacrae, religiosae*, gli uomini liberi (1), i fondi provinciali (2).

Le Leggi delle XII Tavole avevano espressamente vietato la usucapione delle seguenti cose: i cinque piedi, *quinque pedes*, esistenti fra i fondi contigui, e che servivano a separarli; le *res mancipi* alienate dalla donna sottoposta alla tutela degli agnati senza l'autorizzazione del tutore (3); le *res furtivae* finchè non fossero tornate in possesso del proprietario, come dispose una posteriore Legge Atinia (Gajo, II, 45). Il divieto della usucapione delle *res furtivae* si estendeva dapprincipio anche agli immobili. Ma quando in appresso fu accolta l'opinione, che il furto non potesse avere per oggetto che cose mobili, a colmare la lacuna le Leggi Plauzia e Iulia proibirono l'usucapione delle cose immobili *vi possessae* (Gajo, II, 45). Trifonino nel Fr. 29, D. *de act. rer. amot.*, 25 2, ci insegna che anche le cose sottratte dalla moglie *causa et consilio divortii* non potevano usucapirsi, e ce ne dà anche la ragione: *nam veritate furtum fit, etsi lenius coërcetur mulier.*

c) Un possesso continuato per due anni se si trattava di cose immobili, per un anno se di mobili.

d) *Justa possessionis causa:* comprendente ad un tempo il titolo e la coscienza del proprio diritto.

6. — Si disputa se ed in qual grado fosse necessaria la *bona fides*. Due cose mi paiono certe: la prima che non occorreva buona fede nel senso in cui si intese dappoi, perchè l'usucapione non era un mezzo di acquisto fondato sul solo possesso, ma era invece diretta a supplire alla deficienza delle solennità volute per un acquisto valido; la seconda che vi erano, e perdurarono anche dipoi alcune usucapioni che rifiutavano il requisito della buona fede. Così per sollecitare gli eredi ad adire l'eredità (Gajo, II, 55) s'introdusse la *usucapio pro herede* in virtù della quale chi possedeva, ancorchè in mala fede, per un anno un'eredità vacante, la faceva sua, come lasciò scritto Gajo, II, 52: *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat; velut si rem*

---

(1) Gajo, II, § 48.
(2) Gajo, II, § 46.
(3) Gajo, II, § 47.

hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit, nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem. Quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur. Il termine, entro cui compievasi l'usucapione *pro herede*, era di un sol anno, perchè la eredità, come cosa incorporale, era annoverata tra le mobili (Gajo, II, 53 e 54).

Questa usucapione, considerata come contraria alle norme di giustizia, e chiamata *improba et lucrativa*, *nam sciens quisque rem alienam lucrifacit* (Idem, 55 e 56), venne soppressa da un *Senatus consulto* emanato su proposta dell'Imperatore Adriano (Idem, II, 57), eccettuato il caso in cui vi fosse un erede necessario (Idem, II, 58). L'eccezione scomparve anch'essa, e con essa l'ultimo vestigio della *usucapio pro herede.*

Al desiderio di frenare i danni derivanti da questa forma di usucapione e d'impedire guadagni contrarii alla lealtà dovette la sua origine la celebre massima: *neminem sibi possessionis causam mutare posse*, che ebbe poi tante e così importanti applicazioni cui dovremo in seguito esaminare.

Altri casi di usucapione scompagnata da buona fede presentano le *usureceptiones.*

Il primo caso di *usureceptio* si avverava quando taluno dava ad altri una sua cosa mediante la *mancipatio* o la *in jure cessio* stipulando la fiducia ossia patto di riemancipazione, nel qual caso se l'alienante rientrava nel possesso della cosa ceduta e la teneva per un anno, ne riacquistava la proprietà. La fiducia poteva contrarsi o con un amico o con un creditore avente diritto di pegno. Se con un amico, l'usucapione procedeva sempre, purchè il cedente avesse ripreso il possesso della cosa; se con un creditore, occorreva distinguere: o il debito era stato pagato, e l'usucapione aveva sempre luogo; o non era stato pagato ed allora aveva luogo, se il debitore era rientrato in possesso non a titolo di affitto o di precario e aveva posseduto *animo domini;* ed in questa ipotesi l'usucapione si riteneva lucrativa, perchè *sciens quisque rem alienam usucapit* (Gajo, II, 59 e segg.).

L'altro caso di *usureceptio* era quello detto *ex praediatura* e si avverava quando il popolo vendeva un podere a lui ipotecato, ed il proprietario riavutone il possesso lo teneva per due anni: *Item* (dice Gajo, II, 61) *si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit, concessa est usureceptio; sed hoc casu praedium biennio usurecipitur. Et hoc est quod vulgo dicitur ex praediatura possessionem usurecipi, nam qui mercatur a populo, praediator appellatur.*

Altri casi di usucapioni, non ostante mala fede, ci sono porti dal possesso *ex secundo decreto damni infecti causa.* Questo possesso

(proprietà pretoria) era un giusto titolo di usucapione, colla quale mutavasi poi in dominio quiritario. Fr. 5, pr. e Fr. 15, § 16, D. *de damno infecto*, 39, 2. — E finalmente dalla *usucapio libertatis*, di cui dovrò occuparmi fra poco.

7. — L'usucapione fu applicata anche all'acquisto delle servitù prediali, sino a che una *Lex Scribonia* vietò una consimile usucapione (Fr. 4, § ult., D. *de usurp.*, 41, 3). Ma questa Legge non soppresse la *usucapio libertatis*, colla quale taluno affrancava il suo fondo da una servitù urbana, che lo gravasse, come ne fa esplicita testimonianza Paolo nel citato Fr. 4, § ult. Ed il Giureconsulto dice eziandio espressamente che essa era una vera usucapio: *Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute.* Giova quindi brevemente esaminare che cosa fosse l'*usucapio libertatis*, e quali i suoi requisiti. Il testo, che più distesamente ne tratta, è il Fr. 6, D. *de S. P. U.*, 8, 2. Vi si premette che le servitù urbane si perdono col non uso come le rustiche, ma con questa differenza: che il non uso a produrre tale effetto deve essere accompagnato dalla *usucapio libertatis* per parte del proprietario del fondo serviente. E si viene poi così esemplificando il concetto: ho il diritto *altius non tollendi* oppure *ne luminibus officiatur*; se anche tengo chiuse pel tempo stabilito le mie finestre, non perderò il mio diritto, tranne che tu abbi a tua volta innalzato il tuo edificio e mantenutolo alzato pel tempo necessario. Altro esempio: ho il diritto *tigni immittendi;* perchè io lo perda non basta che abbia levato il trave, ma occorre eziandio che tu abbia otturato il foro. Donde si desume che l'*usucapio libertatis* consiste nella posizione di uno stato di cose direttamente contrario all'esercizio della servitù e nel mantenimento del medesimo per tutto il tempo necessario al compimento dell'usucapione. Essa non sta adunque nel solo godimento della libertà del fondo, la quale come cosa incorporale non può formare oggetto del possesso, neanche per estensione analogica, ma nel possesso dello stesso fondo, come pienamente libero, nell'esercizio di quegli attributi della proprietà, che l'esistenza della servitù doveva impedire (1). Questo concetto è espressamente insegnato dal Fr. 32, § 1, D. *de S. P. U.*, 8, 2, e conferma sempre meglio che l'*usucapio libertatis*, come venne chiaramente delineata dal D° R°, è una vera usucapione, non una prescrizione estintiva.

(1) Questo concetto da me già espresso nella 1ª edizione venne approvato dal Claps, *Fôro Ital.*, 1898, I, 205.

Si agita la questione se l'*usucapio libertatis* richieda la buona fede. I pareri sono discordi. Bartolo stette per l'affermativa. Richeri (1) ne seguì l'opinione: *praescriptionis inducendae vim habere nequit hujusmodi actus, nisi bonam fidem comitem habeat, juxta generales praescriptionis regulas*, pr. I, *de usucap.*, 2, 6. Così pure il Maynz, 1, § 146 (2). Ma il testo citato dal Richeri non è decisivo. Sta bene che l'usucapione per regola generale voglia la buona fede, ma ciò non toglie che in alcuni casi possa esserne scompagnata. Invece Voet. *ad Pand.*, *de usucap.*, 41, 3, n. 10, opinò per la negativa; ed io ne seguo l'insegnamento. Abbiamo già veduto che il Fr. 6, *de S. P. U.* che è il testo più diffuso in materia, non fa cenno alcuno della buona fede; il solo requisito, che si desidera, è che il proprietario del fondo servente abbia posto e mantenuto il fatto contrario alla servitù. Se la buona fede fosse stato un elemento necessario, certo il Giureconsulto non avrebbe ommesso di farne menzione. Ma abbiamo un'altra testimonianza positiva e decisiva nel Fr. 32, *eod. T.* ove si ammette la *usucapio libertatis*, malgrado l'evidente mala fede. Vi si fa questo caso: sulla mia casa grava la servitù *altius non tollendi* in favore di quelle di Lucio Tizio e di Publio. Chiedo a Tizio la concessione precaria d'innalzare: l'ottengo ed innalzo. Decorso il tempo stabilito avrò usucapito la libertà del mio fondo avverso a Publio, perchè, come dice Julianus a cui appartiene il Fr., le servitù erano due, non una sola. Qui non può mettersi in dubbio che il proprietario del fondo servente non conoscesse le servitù sul medesimo gravanti: la domanda del precario ne mette in evidenza tutta la mala fede.

Conchiudo quindi che i due soli elementi della *usucapio libertatis* sono i seguenti:

1° Stabilimento di uno stato di cose contrario all'esercizio della servitù.

2° Possesso della cosa nella condizione di libertà, *nec vi, nec clam, nec precario* pel tempo occorrente ad usucapire (3).

---

(1) Richeri dice che le servitù urbane non si perdevano se non in virtù della *usucapio libertatis*, perchè come a costituirle non bastava la pazienza del vicino, ma volevasi un atto del proprietario del fondo dominante, così in forza della massima che *unaquaeque res eo modo dissolvi debet, quo colligata est* (Fr. 35, D. *de R. J.*, 50, 17) a spegnerle oltre al non uso occorre intervenga dall'altra parte un fatto contrario.

(2) Idem Windscheid (*Pand.*, § 216), il quale pare si appoggi al *Diritto Canonico*, perchè cita il cap. 20, X, *de praescr.*, 2, 26.

(3) Mi sono soffermato alquanto sull'esame della *usucapio libertatis*, per gli elementi a ricavarsene a suo tempo per la risoluzione di parecchie importanti questioni.

8. — L'usucapione era un mezzo di acquisto della proprietà quiritaria introdotto dal *Jus Civile*, e non si applicava di conseguenza a quelle cose, che non potevano essere oggetto di privato dominio. Tra queste importantissimi i fondi provinciali, per cui si ammise una *praescriptio longi temporis*, appoggiata alla buona fede. Essa era in sostanza la comune *exceptio doli*, che ebbe il suo nome dal luogo che occupava nella formola; ed era diretta alla tutela del pacifico possesso. Da principio non competeva se non a chi attualmente possedeva; ma di poi la sua efficacia venne notevolmente accresciuta dall'essersi accordata la *replicatio longi temporis* sia contro l'alienante che avesse opposto una *exceptio dominii*, sia contro l'attuale possessore, benchè di buona fede.

I requisiti della *longi temporis praescriptio* erano i seguenti:

1° *Diutina possessio*, ossia possesso durato per tutto lo *statutum tempus*, che era di 10 anni tra presenti, di 20 tra assenti, intendendosi per presenti tutti coloro che abitavano nella stessa provincia.

2° Acquisto del possesso in virtù di una *justa causa*, la quale comprendeva il titolo e la buona fede.

3° Oggetto idoneo. Da prima i soli fondi provinciali. Ma già fin da Severo era stata estesa alle cose mobili; e pare che sotto Diocleziano si applicasse anche ai fondi italici (Fr. 9; Fr. 3, D. *de div. temp. praescr.*, 44, 3; Fr. 45, pr. D. *de usurp.*, 41, 3) (1).

La massima differenza ancora sussistente tra l'usucapione e la *l. t. praescriptio* stava in questo, che la prima attribuiva la proprietà quiritaria tutelata dalla *rei vindicatio*, la seconda invece un semplice *jus possidendi*. Ma praticamente la differenza venne a perdere ogni importanza dal giorno che al prescrivente fu accordata la *replicatio longi temporis* (Maynz, I, § 112).

9. — Giustiniano, che tante innovazioni introdusse nel sistema legislativo della proprietà, togliendo fin le ultime vestigia delle antiche distinzioni tra *res mancipi et nec mancipi*, tra *dominium quiritarium et bonitarium*, abolendo perfino il nome di *nudum jus quiritium*, compiè anche in questa parte quella riforma, che era già stata precorsa dalle massime equitative introdotte da una diuturna

---

(1) Anzi dal Fr. 16, D. *de fundo dotali*, 23, 5, il quale parla della *longi temporis possessio* relativamente alla proibita alienazione del fondo dotale italico secondo la *Lex Julia*, potrebbesi dedurre che fin dai tempi di Trifonino, dal cui libro XI, *Disputationum* è tolto quel Fr., e quindi molto prima di Diocleziano la *l. t. possessio* fosse estesa anche ai fondi italici. Ma ritengo che su quel testo sia passata la mano accomodatrice di Triboniano e dei suoi colleghi.

e costante consuetudine. La riforma fu attuata colla fusione dell'usucapione e della prescrizione temporale in un solo istituto, appellato *longi temporis praescriptio*, che ebbe gli stessi effetti della usucapione e gli stessi termini della *praescriptio*. Furono solo sancite alcune modificazioni. La durata della *l. t. praescriptio* fu ridotta a tre anni per le cose mobili, e si aggiunsero alcune prescrizioni più lunghe di 30, 40 e 100 anni. Ed ecco in poche parole delineato il sistema Giustinianeo: *longi temporis praescriptio*, che si può anche chiamare usucapione ordinaria, in virtù della quale chi possiede in buona fede una cosa mobile per tre anni, un immobile per dieci anni tra presenti, per venti tra assenti, ne acquista la proprietà; *longissimi temporis praescriptio* od usucapione straordinaria che dir si voglia in favore di chi non riunisce tutti i requisiti voluti dalla ordinaria.

10. — Le condizioni richieste per la *longi temporis praescriptio* sono queste (1):

1° *Res habilis*, in generale tutte le cose in commercio, eccettuate le seguenti: *a*) le cose rubate, fino a che non siano tornate in potere dell'antico proprietario; *b*) gli immobili di cui il proprietario è stato spossessato colla violenza, *res vi possessae;* ma il secondo acquirente di buona fede ricomincia ad usucapire; *c*) gli immobili alienati ad insaputa del padrone da un possessore di mala fede, *vedi* Nov. 119, c. 7; *d*) *quinque pedes*, i cinque piedi tra i fondi contigui; *e*) le cose di cui la legge proibisce l'alienazione, fra le quali le litigiose, l'immobile dotale, i beni dei pupilli e dei minori alienati senza le prescritte formalità; *f*) le cose legate che l'erede aliena in onta al divieto del testatore, e quelle che il tutore dell'impubere aliena contrariamente alla volontà del testatore; *g*) i beni del fisco e del principe; *h*) gli immobili delle chiese, dei Comuni e delle opere pie; *i*) i materiali incorporati in un edifizio altrui, finchè non venga atterrato; *l*) i doni ricevuti da un magistrato in isfregio alla proibizione della *Lex Julia repetundarum*, finchè non siano tornati in possesso del donatore o dei suoi eredi;

2° *Possesso animo domini* e continuato per tutto lo *statutum tempus*. Quando oggetto della usucapione è un aggregato di cose distinte, accolte sotto una comune denominazione e costituenti una *universitas rerum*, ciascuna di esse deve essere posseduta separatamente, come insegna Pomponio nel Fr. 30, D. *de usurpationibus*, 41, 3. Così non si usucapisce un gregge preso nel suo complesso; ma ciascun capo vuol essere posseduto distintamente;

(1) Maynz, 1, § 113.

3° Titolo ossia *justa adquirendi causa*, per la quale, se l'alienante fosse stato proprietario, avrebbe trasferito la proprietà della cosa nell'acquirente. Le fonti fanno menzione di molti titoli, ma trattano particolarmente dei seguenti, che sono i più importanti: *Pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro derelicto, pro suo* (1).

Il titolo per norma generale deve essere vero e reale; tuttavia era controverso tra i giureconsulti, se alcune volte la errata opinione giustificata da circostanze speciali di fatto non bastasse a supplirne il difetto. I seguenti testi: § 11, I, *de usucap.*, 2, 6; L. 4, C. *de usucap. pro herede*, 7, 29; L. 5, C. *de praescr. l. t.*, 7, 33; Fr. 3, D. *pro legato*, 41, 8; Fr. 1 in fin., D. *pro dote*, 41, 9; Fr. 27, D. *de usucap.*, 41, 3, esigono imperiosamente un titolo vero, negando qualsiasi valore all'estimazione, per quanto scusabile, del possessore intorno all'esistenza del titolo. Altri testi invece ammettono il titolo putativo: Fr. 67, D. *de iure dot.*, 23, 3; Fr. 5, D. *pro legato*, 41, 8; Fr. 9, Fr. 11, D. *pro emt.*, 41, 4; Fr. 5, § 1, D. *pro suo*, 41, 5. Non è qui il luogo adatto di discendere all'esame di questi testi; ma giova notare in modo sommario che quelli fra essi che accordano efficacia al titolo putativo riguardano casi singolari, le cui circostanze rendevano scusabilissimo l'errore dell'usucapiente e giustificavano la deviazione dalla regola giuridica. Pare che l'opinione più severa e più conforme ai principî abbia finito per prevalere, poichè la si vede adottata da Giustiniano nel citato § 11, I, *de usucap.* — Nondimeno tra i pratici si fece strada un'opinione intermedia, per la quale basta il titolo putativo a far procedere l'usucapione ogni qualvolta l'erronea credenza è l'effetto dell'ignoranza del fatto altrui. Tale opinione non è altro che lo svolgimento del concetto espresso dal citato Fr. 5, § 1, D. *pro suo: quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est* (2).

4° *Bona fides*, ossia ignoranza del vizio, ond'è infetta la causa d'acquisto, e convinzione di essere proprietario. La romana giurisprudenza si accontentava della buona fede iniziale, donde il broccardo: *Mala fides superveniens non nocet.* La buona fede esige che il possessore abbia la certezza di avere acquistato dal legittimo proprietario, avente la capacità di vendere (3). La buona fede basta che accompagni l'inizio dell'usucapione, che è il momento in cui

---

(1) Lib. 41, T. 4 e segg. D.

(2) Voet ad *Pand.*, 41, 3, n. 4; Richeri, *Jurisp.*, L. 2, tit. V, cap. 3, sect. II, n. 101; Maynz, 1, § 108: Arndts-Serafini, 1, § 159, 1ª ed.; Windscheid, *Pand.*, § 178.

(3) Voet, 41, 3, n. 6.

viene fatta la tradizione della cosa. Tuttavia nella compra occorre che la buona fede esista tanto al momento del contratto, quanto in quello della tradizione (1);

5° Tempo di tre anni per i mobili; di dieci o venti per gli immobili, come ho già detto. Il possesso doveva continuare per tutto il tempo. Si ammettevano due interruzioni: la naturale, cagionata dalla perdita del possesso, e la civile, che si attuava colla istanza del proprietario pel ricupero della sua cosa.

Nella *l. t. praescriptio* Giustiniano accolse l'*accessio possessionis*, per cui il successore, anche a titolo singolare, può unire al suo il possesso tenuto dal suo autore, purchè ambedue i possessi abbiano i requisiti legali.

11. — La *longissimi temporis praescriptio*, ossia usucapione straordinaria, trova luogo in tutti quei casi in cui al possessore non compete il beneficio dell'ordinaria per mancanza di alcuno degli elementi necessarî.

I requisiti della *praescriptio longissimi temporis* sono questi:

1° *Res habilis.* Si eccettuano solo le seguenti: le cose fuori

---

(1) Fr. 48, *de usurp.*, 41, 3; Fr. 2, D. *pro empt.*, 41, 4; Fr. 7, § 16, 17, D. *de publ. in rem act.*, 6, 2.

Il Windscheid, *Pand.*, § 177, nota 1, ritiene che la ragione di questa disposizione è che secondo l'intenzione delle parti nella compra è insito un immediato trasferimento ed appropriamento; non si assume l'obbligazione di cedere, ma si cede la cosa. Il Voet ad *Pand.*, 41, 3, n. 7, e il Maynz, 1, § 113 considerano questa disposizione come un *jus singulare*, di cui non sia possibile dare un motivo razionale.

Io penso che la disposizione, per cui nell'usucapione appoggiata al titolo *pro emptore* la buona fede è richiesta anche al tempo del contratto, debba considerarsi come una conseguenza della formola usata dal Pretore nell'Editto, con cui introduceva l'*actio in rem publiciana*. F. 7, § 11, *de publ. in rem act.*, 6, 2: *Praetor ait: qui bona fide emit.* Per gli strettissimi rapporti tra la Publiciana e la usucapione si dovette stabilire che come quell'azione, la quale aveva a sua base la finzione di un'usucapione già compiuta, non era concessa se non a chi aveva comprato in buona fede, così l'usucapione non potesse procedere se non in concorso del medesimo requisito.

Sembra che non senza contrasti siasi fissata la massima, che per la compra occorresse la buona fede anche al momento del contratto. Dai Fr. 7, § 17, *de Publ.* e 10, *pr. de usurp.*, 41, 3, entrambi di Ulpiano, ed entrambi del suo lib. XVI, ad *Edictum* si raccoglie che la necessità della buona fede anche al momento della compra era controversa fra gli antichi giureconsulti. È lecito supporre che i Sabiniani volessero applicare alla compra la regola generale e si accontentassero quindi che il compratore versasse in buona fede al tempo della tradizione. Prevalse l'opinione contraria per l'ossequio alla formola dell'Editto pretorio, non certo pei motivi addotti da Paolo nel Fr. 48 *de usurp.*, 41, 3, che sono inconcludenti.

di commercio, il fondo dotale, il peculio avventizio del figlio di famiglia;

2° Possesso continuato per 40 anni se si tratta dei beni della Chiesa, del Principe, delle cose litigiose; per 30 se di altre cose.

È controverso se si sia richiesta la buona fede. Il Maynz, 1, § 114, Arndts-Serafini, 1, § 164, ed. 1ª, il Windscheid, Pand. § 183, la esigono. Faber, L. 7, T. 13, def. 5, Richeri, II, § 1842, la escludono. Così pure Voet, *de div. temp. praescr.*, 44, 3, n. 9. Perezius, *Praelectiones in Codicem ad T. de praescr.* XXX, *vel* XL *ann.*, n. 15, distingue: o l'usucapiente aveva cominciato a possedere in buona fede, e la *longissimi t. praescriptio* gli attribuisce il dominio coll'azione rivendicatoria, o possedette in mala fede, ed allora ha soltanto una *exceptio* a tutela del possesso, e la vindicatoria gli compete nel solo caso che sia stato spogliato con violenza.

L'opinione che nega la necessità della buona fede è prevalsa tra gli interpreti, ed è suffragata dal tenore delle leggi 3 e 4, C. *de praescr.* XXX, *vel* XL *ann.*, 7, 39, in cui non si fa cenno alcuno di questo requisito. Ed a me pure questa opinione pare accettabile. Invero è incontestato che non si richiede il titolo. A che dunque si ridurrà questa buona fede? Ad una vana *cogitatio*. La buona fede è sempre pedissequa del titolo; ne è, per così dire, un elemento accessorio in materia di usucapione.

12. — Resta di esaminare l'applicazione della *l. t. praescriptio* ai diritti reali. Anticamente le servitù prediali si usucapivano, *come res non soli* in un anno, fino a che la *Lex Scribonia* abolì tale usucapione. Conseguenza di questa legge fu la disparità tra il suolo italico e quello provinciale, in cui la *l. t. praescriptio* si estendeva anche allo stabilimento delle servitù. Giustiniano nella sua riforma accolse il principio più largo della prescrizione, ed espressamente sancì che l'acquisitiva servisse anche per l'acquisto delle servitù (L. 12, C. *de praescr. long. temp.*, 7, 33).

All'acquisto della servitù mediante la *l. t. praescriptio* occorre:

1° Quasi possesso, ossia esercizio della servitù *nec vi, nec clam, nec precario* (Fr. 10, D. *si serv. vind.*, 8, 5);

2° *Patientia* del proprietario del fondo servente (1).

(1) La L. 2, C, *de serv.*, 3, 34, fa menzione della scienza del proprietario. Ma già Cujacio aveva ripreso coloro che facevano di tale scienza un requisito essenziale dell'acquisto: " Sed respondendum ad d. L. 2. non id dici, quod semper est necessarium, sed hoc adjectum fuisse ut intelligatur ex eo, eum clam non duxisse, nam qui sciente domino aquam ducit, clam fecisse non videtur. Fr. 5, § 3, D. *quod vi aut clam*, 43, 24 ". Cuj. ad L. 14, D. *de servit.* VIII, I, Op. omnia.

È universalmente ammesso che non occorresse il titolo. Ciò, del resto, è esplicitamente insegnato dal Fr. 10, pr. *si serv. vind.*, 8, 5. Ma è controverso se dovesse concorrere anche la buona fede. Maynz, 1, § 145, dice che occorreva. Arndts-Serafini, § 189, Savigny, vol. IV, § 197, sostengono l'opinione contraria. Donello, Comm. *de Jure Civili, de servitutibus P. U.*, e dopo di lui Richeri distinguono: o l'usucapione è accompagnata da titolo e buona fede, ed in tal caso si compie in 10 o 20 anni, secondochè corra tra presenti o tra assenti; o ne è scompagnata, ed allora si compie soltanto in 30 anni. Io condivido l'opinione negativa. I testi, che trattano dell'acquisto delle servitù in forza del quasi possesso, non fanno menzione che del solo uso *non vi, non clam, non precario;* null'altro richieggono. D'altronde è certo che non è necessario il titolo; quindi, come dissi altra volta, non reputo pur necessaria la buona fede, la quale ha sempre a sua base un titolo.

L'usufrutto, per espressa disposizione della citata L. 12 in fin. C. *de praescr.*, 7, 33, si può acquistare mediante la *l. t. praescriptio.*

Ed. Prat., vol. 3, col. 293. L'opinione del Cujacio fu abbracciata dal Voet, *ad Pand., Communia Praediorum*, VIII, 4, n. 4; dal Savigny, vol. IV, § 197, nota *g*; dall'Arndts Serafini, 1, § 189; dal Windscheid, § 213, nota 7. Nello stesso senso C. C. Roma, 27 giugno 1894 e 22 dicembre 1896, *Legge*, 1894, II, 774; 97, 1, 217. *Contra* Vinnio, *Juris Quaest.*, lib. 1, XXXI.

Il Fr. 10, pr. D. *si serv. vind.*, 8, 5, richiede solo un quasi-possesso *nec vi, ne clam, nec precario*, durato *longum tempus.* " Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus est, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario (possedisse) ". La concessione dell'*utilis actio* è dunque in questo Fr. subordinata alla sola condizione della prova di un diuturno uso, *non vi, non clam, non precario.* Lo stesso dice il Fr. 5, § 3, D. *de itinere*, 43, 19. " Si quis servitutem *jure* impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est, interdicto hoc uti potest ". E così pure la L. 1, C. *de serv.* " longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet ". Potrebbesi forse citare ancora il Fr. I, § 23, D. *de aq. et aq. pluv.*, 39, 3; ove si legge: " qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam ". Ma il *diu* ha dato luogo a difficoltà, pensando alcuni che significhi il tempo immemoriale (e veramente tale intelligenza risponde meglio a tutto il contesto), altri, tra cui Bartolo, il *longum tempus* ordinario. Goth. in nota ad h. Fr. Non deve far sorgere dubbio alcuno il fatto che il Fr. 10, D. *si serv. vind.*, dà una sola azione *utile* a chi ebbe il lungo quasi-possesso. L'azione diretta non poteva certamente competere al tempo di Ulpiano; essa era un effetto dell'usucapione, non della prescrizione. E devesi credere che i frammenti riferiti concernessero diritti prediali acquistati su fondi provinciali; perchè la Legge Scribonia aveva abolito l'usucapione delle servitù sui fondi italici, e quindi riguardo a questi non era pur concepibile *l'actio utilis.*

È controversa l'applicazione della *praescriptio l. t.* all'enfiteusi. Il Maynz (1, § 151) la rifiuta, perchè l'enfiteuta ha il possesso del fondo, non la *quasi-possessio juris*, la quale, come istituto creato dal Diritto positivo, non trova luogo fuori dei limiti dal medesimo stabiliti. Ora nessun testo consacra l'applicazione del concetto del quasi-possesso al diritto enfiteuticario. Tale quasi-possesso non può dunque ammettersi, e il suo difetto toglie necessariamente la possibilità di usucapire. Che l'usucapione non procedesse a favore dell'enfiteuta risulta anche dal Fr. 12, § 2, D. *de Publ. in rem actione*, 6, 2, ove Paolo lasciò scritto: *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit si forte bona fide mihi tradita sunt.*

A me pare più probabile che questo Fr. debba intendersi non dei fondi enfiteuticarii poco noti ancora ai tempi di Paolo, ma degli stipendiari e tributarii, riguardo ai quali non poteva aver luogo l'usucapione; e vi ravviso così consacrata un'estensione della Publiciana all'infuori dei limiti fissati da principio dal necessario suo rapporto coll'usucapione.

Certo si è però, che nel diritto Giustinianeo il vasto disposto della L. 12, C. *de praescr.* comprende anche la enfiteusi, come ha sancito una pratica costante (1).

Il Richeri (*Jurisp.*, III, § 2955), opina che i diritti enfiteuticarii si stabiliscano per prescrizione nei seguenti casi: 1° se alcuno possiede *neque vi, neque clam, neque precario,* a tenore del Fr. 10, *si serv. vind.,* la cosa altrui come enfiteuticaria; 2° se alcuno acquisti in buona fede un'enfiteusi da chi non è proprietario del fondo; 3° se alcuno abbia esatto per lungo tempo il cànone dal vero enfiteuta.

Sono eccettuati i fondi patrimoniali dell'imperatore, a cui si applica la sola prescrizione quadragenaria, come dispone la L. ult. C. *de fundis patrim.,* 11, 62 (2).

Quanto dissi dell'enfiteusi parmi si possa applicare anche alla superficie, che ha con essa tanta affinità (3).

13. — Gli effetti dell'usucapione secondo il *Gius Civile* consistevano nell'acquisto della proprietà quiritaria del fondo entro i limiti determinati dal possesso e libero dalle servitù che prima lo gravavano. Restavano però salve le ipoteche, come quelle che non avevano nè apparenza esterna, nè possibilità di uso atte a difen-

(1) Idem., Windscheid, *Pand.*, § 221.
(2) Idem., Voet, *si ager vectig*, 6, 3, n. 4.
(3) Windscheid, § 221.

derle contro l'usucapione (Maynz, I, § 115). La *praescriptio diutinae possessionis* prima della riforma Giustinianea valeva a dare la *securitas possessionis* tanto contro l'antico proprietario, quanto contro il creditore ipotecario che aveva lasciato trascorrere il tempo della prescrizione senza esperire l'azione ipotecaria (*vedi* Voet, *qui potiores,* 20, 3, n. 9 e Maynz, 1, § 168, n. 6). Nel sistema Giustinianeo pare che il possessore di buona fede acquistasse mediante la prescrizione il fondo libero dai pesi ipotecarii (L. 8, pr. C. *de praescr.* XXX *vel* XL *ann.*), mentre il possessore, che ne conosceva l'esistenza, non prescriveva la libertà del fondo contro il creditore. Ma la legislazione Giustinianea presenta in questa parte confusione e lacune, laonde si è formata un'opinione autorevole, la quale insegna che in nessun caso l'azione ipotecaria come accessoria possa durare in vita più dell'azione principale nascente dal debito (Voet, l. c.).

14. — Accanto alla prescrizione acquisitiva troviamo menzionato nelle fonti un altro istituto, che porta il nome di tempo immemoriale, *tempus cujus memoria non extat.*

Riservando ad altro luogo (1) la trattazione di questa materia, mi limito per ora ad osservare che tre sono le speciali applicazioni di quest'istituto, che si trovano nel *Corpus Juris,* e tutte riguardanti i bisogni dell'agricoltura:

1ª *Applicazione.* — Strade vicinali. Ulpiano nel Fr. 3, pr. D. *de locis et itin. publ.,* 43, 7, lasciò scritto: *Viae vicinales, quae ex agris privatorum factae sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt.*

2ª *Applicazione.* — Scoli delle acque piovane. Concernono questa applicazione i FF. 1, § 23; 2 pr., § 3, 8; 23, D. *de aq. et aq. pluv. arc.,* 39, 3, e il Fr. 28, D. *de probat.,* 22, 3.

3ª *Applicazione.* — Condotta delle acque. Alla quale si riferiscono il Fr. 3, § 4, D. *de aqua quot.,* 43, 20, e il Fr. 26 *de aq. et aq. pluv. arc.,* 39, 3.

15. — Caduto l'impero di Occidente, sorsero sulle sue rovine i regni barbarici. Pure non cessò l'influenza del Diritto Romano. Anzi la collezione Giustinianea venne pubblicata posteriormente, quando sapienza civile e gloria militare concorsero a dare un momento di fugace splendore al torpido Impero Orientale. Quali siano state le vicende delle Leggi Romane tra le barbariche popolazioni, non è qui il luogo d'investigare. Dirò soltanto che vi fu un periodo

---

(1) Infra capitolo XV.

di tenebre fittissime, nelle quali pareva sommersa ogni traccia dell'antica civiltà. Ma il regresso non era che apparente; un grande lavorìo andava compiendosi; per esso l'infiacchita razza latina si ritemprò alle rudi virtù dei popoli nordici, che la riproduzione esuberante ed il desiderio di terre più fertili avevano spinto fin nelle regioni meridionali. Si preparava un potente e fecondo risveglio. A poco a poco le tenebre si dissipavano; risorgevano con novello impulso le arti e le scienze, e con esse lo studio del Diritto Romano, a cui i primi studiosi dell'età di mezzo presi da ammirazione diedero con iperbole giustificata il nome ed il vanto di Ragione Scritta. Il risorgimento degli studii giuridici segna, si può dire, il primo passo verso una nuova èra, in cui gli antichi concetti rivestiti di nuove forme ed adattati ai nuovi bisogni furono accolti da tutti i popoli, accompagnando così attraverso i secoli il miglioramento sociale delle genti civili. Invidiabile destino quello della Romana Giurisprudenza, che dopo di aver regolato le azioni del Popolo più glorioso, di cui siavi menzione nella storia, potè dare luce e norma anche alle età più lontane (1). Bologna ebbe la felice ventura di dare all'umanità la prima scuola di diritto. Ivi insegnarono Irnerio ed i suoi quattro discepoli (2), che, se non furono i primi in ordine cronologico ad interpretare le Leggi Romane, furono però i primi che abbiano meritato un'onorata menzione dalla storia riconoscente. Lo studio del Diritto Romano fece sentire la sua benefica influenza in tutta la civile comunanza, per la quale non cessava di essere la fonte della legge; e si può dire senza tema di errare che servì da contrappeso e da freno ad un'altra potenza sòrta gigante nel Medio-Evo.

Era questa la Chiesa, che, seguendo la naturale tendenza di ogni umano potere ad eccedere dai confini segnatigli dalle sue attribuzioni, non contenta di reggere le animo, volle dare norma ai rapporti sociali ed economici.

---

(1) Non so trattenermi dal riferire le eloquenti parole con cui quell'illustre Giureconsulto, che fu il compianto Mantellini, consigliava lo studio del Diritto Romano: " A studio di preparazione si suggerì di basarsi sul testo Romano, per adoperarlo quale *istrumento di precisione*, in quei responsi che a S. Agostino ed a Bartolo parvero ispirati dallo Spirito Santo, e che veramente furono dettati a quei Giureconsulti da un'intuizione del giusto che non ebbe mai nessun popolo nè antico, nè moderno, e senza la quale avrebbero i Romani forse potuto conquistare, non reggere il mondo. La Giurisprudenza, che ancora governa il mondo, è creazione di quei prudenti, pel lungo esercizio educati ad attica squisitezza ". Relazione sulle Avvocature Erariali per l'anno 1880. *Legge*, 1881, I, 679.

(2) Bulgaro, Martino, Jacopo ed Ugo rammentati in un antico distico attribuito allo stesso Irnerio. " Bulgarus os aureum, Martinus copia legum, mens legum Hugo, Jacobus id quod ego ".

Ed anche nella materia dell' usucapione e della prescrizione introdusse alcune riforme di non lieve importanza sia riguardo alla durata, sia riguardo agli elementi essenziali. Fu stabilito dal Gius Canonico che contro la Chiesa Romana non corresse altra prescrizione che la centenaria, e contro le altre Chiese la sola quadragenaria, la quale in generale estingue ogni azione. Col possesso quadragenario una Chiesa poteva acquistare il diritto di percepire le decime in un'altra parrocchia (*De praescr.*, 2, XXVI, c. VII, IX, XIII). Anche più importante pei suoi effetti è l'innovazione, per la quale, abolita la regola di diritto che *mala fides superveniens non nocet,* fu richiesta la buona fede continua (1). La portata di questa innovazione, se debba cioè applicarsi alla sola usucapione, oppure anche alla prescrizione, è vivamente controversa in dottrina e in giurisprudenza (2). I laici non potevano acquistare mediante la prescrizione il diritto di percepire le decime ecclesiastiche.

Nella raccolta delle Leggi Canoniche troviamo tre applicazioni del tempo immemoriale. Il pontefice Innocenzo III decise che il diritto di percepire certe regalie (pedagia, guidagia, salinaria) deve essere accordato dall'Imperatore, dal Papa o dal Concilio Laterano, eccetto che non sia suffragato da qualche *antiqua consuetudo, a tempore, cujus non extat memoria, introducta,* c. 26, X, *de V. S.* (V. 40) dell'anno 1209. Fu pure deciso che nessun Vescovo avesse diritto

---

(1) Cap. 5 e 20, X, *de praescr.*, 2, 26. Lo Scillamà, *Sistema Generale del Possesso nel Diritto Civile Moderno,* vol. I, pag. 129, scrive: " Ed un regresso fu infatti, per quanto altri diversamente opini, la regola canonica, contraria alla sana dottrina di diritto civile, alla necessità di uno stabile assetto della società, dovere cioè per tutti gli effetti giuridici, segnatamente della prescrizione, durare la buona fede nel possessore per tutto il tempo del possesso, condannando come peccaminosa qualunque detenzione di cosa altrui *invito domino* per l'accennato principio di coscienza, tradotto in canoni: — ciò che non si fa in buona fede, costituisce peccato; ogni potere deve intendersi nel senso di quanto onestamente può farsi, il potere nel male non è potere ". Su codesta questione avrò opportunità di ritornare più volte; per ora basti dire che io mi associo all'avviso espresso dall'insigne Cons. Scillamà, e che con lui ritengo che la evoluzione dell'istituto doveva condurre ad emancipare la prescrizione *longissimi temporis* dal requisito della buona fede, ciò che venne effettivamente fatto dalle legislazioni susseguite alla canonica. A quanto ha scritto lo Scillamà sui motivi, che informarono in questa materia le costituzioni apostoliche, parmi doversi aggiungere, che la innovazione non fu determinata solamente da ragioni di carattere ascetico e spirituale dirette a rendere puro da peccato l'arricchimento mediante prescrizione, ma eziandio e forse più dal bisogno di tutelare le proprietà della Chiesa e degli Enti Ecclesiastici, che appunto per la loro immane grandezza e pel loro continuo crescere non potevano essere con diligenza curate e sorvegliate. Questo bisogno del tutto materiale ed economico spiega l'ostilità della legislazione pontificia contro la prescrizione.

(2) Vedi Prescr. Est., n° 6.

su decime o su chiese fuori della sua diocesi, se non fosse sorretto dalla immemoriale, *nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cujus contrarii memoria non extat*, c. 1, *de praescr.*, in-6° (II, 13), dell'anno 1258. Ed infine un decreto del Concilio Tridentino (Sess. 25, c. 9, *De reformatione*) applicò la immemorabile all'acquisto del *jus patronatus* (1).

16. — Accanto al Gius Canonico sorgeva un altro elemento innovatore tanto nelle Consuetudini, quanto negli Statuti e nelle Costituzioni dei Principi. Mi porterebbe troppo lungi dal mio tema, e senza adeguato profitto, il seguire lo svolgimento di tutte le modificazioni che vennero introducendosi nella materia della prescrizione acquisitiva. Credo opportuno mentovare la grande estensione data al tempo *ab immemorabili*. La Pratica lo applicò ad ogni sorta di diritti, e generalizzando la massima insegnata in un caso speciale da Pomponio (Fr. 3, § 4, *de aqua quotidiana,* 43, 20), ad esso attribuì l'efficacia di una presunzione *juris et de jure* dell'esistenza di un titolo o della concessione ottenuta dall'Autorità Sovrana. Ed è appunto sotto questa forma, creata dalla Dottrina Medio-Evale, che la immemoriale giunse fino a noi ed è ancora accolta dai nostri Tribunali. Un'applicazione degna di un particolare cenno venne fatta alle servitù discontinue, e rimase in vigore fino alla promulgazione dei Codici moderni.

Credo opportuno di riferire integralmente due notevolissime Costituzioni del duca Carlo Emanuele I di Savoia dell'anno 1598: la prima di esse, che toglieva ogni vigore al Gius Canonico, venne riprodotta nella sostanza, e quasi anche nella parola, dal Codice nostro attuale (art. 2135). La seconda definiva un punto dubbio, accogliendo l'opinione che meglio conferiva ad aumentare il vigore della prescrizione:

" Tutte le azioni tanto reali che personali o miste s'intenderanno prescritte od estinte per lo trascorso di anni trenta da computarsi dal giorno che nacquero e che poterono sperimentarsi, se non vi sarà occorsa qualche legittima causa, valevole a rompere la prescrizione.

" Non si ammetterà contro le legittime prescrizioni verun ricorso, nè anche per mezzo della restituzione in intiero, salvo che se alcuno se ne permettesse dalla disposizione delle sole Leggi Civili, che in questo caso intendiamo di riservare " (RR. Costituzioni, Lib. V, T. 18, 1 e 2).

---

(1) Savigny, IV, § 198; Schupfer, *Ab immemorabili*, nel *Digesto Italiano*, dispensa 2ª, pag. 73.

L'influenza esercitata dall'invasione dei Francesi, che apportarono nuove leggi e nuovi istituti di vita civile, non cessò completamente colla caduta dell'impero Napoleonico. Furono ristaurate le antiche monarchie, le quali tentarono per un momento di rimettere l'ordine di cose che prima vigeva. Ma ogni sforzo riuscì vano, perchè le nuove idee si erano profondamente radicate negli animi, e non potevano essere oppresse, meno ancora cancellate. In Piemonte il Re Carlo Alberto largiva un Codice, quasi completamente modellato su quello Francese. Ed il Codice Italiano, che a quello tenne dietro, benchè abbia introdotto importanti modificazioni, quali i nuovi bisogni ed i progressi della scienza giuridica esigevano, non se ne è di gran lunga scostato; e perciò potremo far tesoro della dottrina e della giurisprudenza del popolo Francese.

CAPITOLO II.

Fondamento razionale e giuridico della prescrizione acquisitiva.

Sommario: 17. *La massima* tempus non est modus constituendi juris *in relazione all'acquisitiva.* — 18. *L'acquisto del diritto pel possessore, che usucapì, non è la conseguenza della prescrizione dell'azione* rei vindicatoria. — 19. *Varii sistemi escogitati per giustificare l'usucapione. - Critica dei medesimi.* — 20. *L'usucapione è un mezzo di acquisto legittimo e consentaneo ai principii di ragion naturale.* — 21. *Critica di una distinzione proposta dal Troplong tra possessore di buona fede e possessore di mala fede.* — 21bis. *Il proprietario, contro del quale si è compiuta la usucapione, non ha diritto ad indennità.* — 22. *Fondamento dell'usucapione degli altri diritti reali.*

17. — Ho detto che l'aforismo tradizionale: *tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris,* è esatto nei suoi rapporti coll'acquisto dei diritti, mentre esprime un concetto erroneo, per quanto ha tratto alla loro perdita.

Ogni diritto, provenga dalla legge o dal contratto, ha sempre bisogno del fatto individuale per poter sorgere, ed appunto in questo senso è vero l'aforismo.

Nè l'usucapione reca offesa al principio; essa è la consacrazione di uno stato di cose creato dall'opera dell'uomo e durato tutto quello spazio di tempo che la legge ha creduto sufficiente alla tutela degli interessi in conflitto; è la legittimazione del possesso, la sua trasformazione in diritto irrevocabile. La prescrizione (acquisitiva), dice egregiamente il Troplong, non è l'opera della sola potenza del tempo; essa ha la sua base nel fatto dell'uomo, nel possesso di colui che acquista, e in una presunzione di rinunzia in colui che trascura la sua proprietà (1).

(1) *Commentaire sur la Prescription,* n. 1. Non posso assentire all'ultimo concetto del Giurista francese. L'usucapione è un mezzo originario di acquisto, e non ha quindi bisogno di alcuna presunzione di rinunzia del precedente proprietario. Al possesso, che è l'elemento positivo, corrisponde non una pretesa rinunzia, ma l'inerzia dell'antico *dominus.* Vedi infra n° 19.

Invero la proprietà, a parlare pel momento di essa che forma l'oggetto precipuo dell'usucapione, consiste in un vincolo giuridico tra il proprietario e la cosa, per cui questa è interamente soggetta alla potestà di quello. Per conservarla basta anche un atto assolutamente interno, il solo intendimento di essere il proprietario. La necessità dell'esercizio del diritto si verifica solo allora che tra il proprietario e la cosa si frappone l'opera turbatrice ed usurpatrice di un terzo. Fuori di questo caso, il mio fondo resta mio, quand'anche per una lunghissima serie di anni non lo abbia coltivato, nè v'abbia esercitato neppure un solo atto esterno di proprietario: ne perdo la proprietà solo allora che io stesso abbia voluto abbandonarlo, in conformità della regola insegnata da Ulpiano nel Fr. 1, D. *pro derelicto*, 41, 7: *Si res pro derelicta habita sit, statim nostra esse desinit.* Insomma il non *usus* è uno degli sconfinati poteri, compresi nella vasta nozione del pieno dominio consacrata e tramandataci dalla Romana Giurisprudenza (1).

Negli altri diritti reali la cosa procede diversamente. Essi sono tante limitazioni del pieno altrui dominio, ed in ciò convengono coi diritti di obbligazione che come questi suppongono una persona vincolata, stretta a fare o non fare qualche cosa, così essi suppongono un fondo loro soggetto, il cui proprietario debba astenersi da certi atti di esercizio della proprietà a lui competente. Donde segue che il *jus in re aliena*, come il diritto di obbligazione, desidera l'esercizio, ed in mancanza si consuma pel solo decorso del tempo (2).

---

(1) È un problema ardentemente discusso ai nostri giorni quello: se la nozione della proprietà individuale lasciataci dalla Legislazione Romana corrisponda ai dettati della ragion naturale. Il trattarne ci porterebbe fuori dei confini del nostro proposito. Basta osservare che gli istituti giuridici, a cui darebbe vita una divèrsa disciplina dei beni economici, non avrebbero nesso alcuno colla usucapione. Questa non può esistere che col concetto Romano del dominio; con un diverso sistema sarebbe incompatibile. Vedi per maggiori particolari, *Prescrizione estintiva*, n. 145 e segg.

(2) L'estinzione per difetto di esercizio è espressamente stabilita dalla legge per alcuni fra i diritti reali (art. 515, 529, 666 Cod. civ.). Il Bianchi, *Corso del Codice Civile Italiano*, IX, parte 2ª, n. 8, opina che queste sono disposizioni eccezionali giustificate dallo scopo di favorire la proprietà, liberandola dai diritti reali altrui, che la rendono imperfetta, e che, appunto perchè sono eccezioni, confermano la regola che il semplice non uso non basta in generale a produrre l'estinzione d'un diritto reale. A questa opinione del Bianchi non posso assentire. Il non uso, come dimostrerò a luogo opportuno (*Prescrizione estintiva*, nº 14), non è altra cosa che la prescrizione estintiva. Ciò posto, la regola generale del diritto positivo italiano è quella contenuta, sebbene in forma infelice, nell'art. 2135 Cod. civ.; le disposizioni degli articoli 515, 529, 666, ben lungi dall'essere eccezionali, ne sono particolari applicazioni. Indipendentemente da questo riflesso non vi ha alcun motivo per stabilire una differenza

Ma poniamo ora, che un terzo, sfornito di qualunque diritto, s'immetta nel possesso della cosa, e come sua la tenga, la goda e la coltivi. L'opera sua è certamente un'aggressione contro il diritto del proprietario; pure tale è il rispetto verso l'umana volontà, quando si esplica nei limiti legali, che la legge difende l'aggressore, accordandogli un'azione a tutela dello stato di cose da lui creato contro chiunque voglia farlo violentemente cessare, sia pure il legittimo proprietario. È la reintegrazione che difende qualunque possessore e qualunque possesso.

Se poi il possessore è lasciato nel tranquillo possesso della cosa, e per un certo spazio di tempo a vista di tutti esercita tutti gli atti di proprietario, *omnia ut dominus gerit*, il suo possesso acquista una novella virtù, e viene tutelato con un'azione più efficace, la manutenzione. Il legislatore italiano fissò questo tempo in un anno. Giunto a questo punto il possessore non può più essere turbato nel suo possesso; a lui solo competono le azioni possessorie. Così il possesso è ormai passato dalla condizione di un puro e semplice fatto materiale a quella di un fatto giuridico, e non cede più che di fronte al diritto prevalente ed ancor vivo del proprietario, che si estrinseca nella *rei vindicatio*. Ma neppure a questo punto si ferma il possesso; continua invece il suo cammino verso una meta più elevata: la sua missione oggi, come nei primordii della umana società, è quella di essere la fonte della proprietà, con questa differenza, che allora possesso e proprietà erano *unum et idem* (1), e che ora invece il possesso si muta in proprietà

---

tra i diritti contemplati negli art. 515, 529, 666 e gli altri diritti *in re aliena*, poichè tutti hanno lo stesso effetto di rendere meno perfetta la proprietà altrui, scemandone la utilità e coartandone anche la disponibilità; e per tanto la loro estinzione per difetto di esercizio sarebbe pur sempre giustificata dallo scopo di favorire la proprietà, liberandola da quegli oneri, che la rendono imperfetta. Sotto ogni aspetto mi par quindi sicura la massima da me professata. E se mi si opponesse che la regola generale dell'estinzione del diritto *in re aliena* non può trovare applicazione nel pegno e nella ipoteca, risponderei che la inapplicabilità deriva non già da una deviazione dal principio fondamentale della regola, ma dai contenuti organici di quei due diritti, con cui è incompatibile il supposto del non uso. Tant'è che quando il fondo ipotecato passa a mani di un terzo estraneo all'obbligazione garantita, l'ipoteca si estingue per non uso, ossia, ciò che è lo stesso, per la prescrizione estintiva determinata dal difetto di esercizio del diritto ipotecario contro il terzo possessore non tenuto che *propter rem*.

(1) È ciò che venne insegnato da Nerva figlio, come ne fa fede il Fr. 1, § 1, D. *de poss.*, 41, 2: " Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere de his, quae terra, mari, cœloque capiuntur, nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum apprehenderint ".

solo dopo d'aver durato con determinate qualità per tutto il tempo definito dalla legge, ed in forza appunto della prescrizione acquisitiva. Compiuta la durata prescritta, il possessore ha acquistato un pieno ed irrevocabile diritto, valido contro tutti, non escluso il precedente proprietario, che ha nello stesso tempo perduto l'azione competentegli a tutela del suo dominio. Ed ecco così delineato il cammino del possesso: in principio un semplice fatto, a cui la legge accorda per ragioni di ordine pubblico una protezione, che vien meno sol che sia sospeso anche un momento il fatto del possesso; poi un fatto giuridico fecondo di importanti effetti, che cessano solo dopo una lunga interruzione, e che cedono solo dinanzi all'esercizio dell'azione competente al proprietario; infine, diritto pieno, assoluto ed esclusivo. Reintegrazione, manutenzione, rivendicazione: ecco le tre pietre miliari che segnano sulla via giuridica la marcia invadente ed ascendente del possesso.

18. — E qui si presenta naturale una domanda: Come mai un semplice fatto materiale, in urto spesso col diritto e colla giustizia, protetto nei suoi primordii solo per motivi di ordine pubblico, può dopo un certo tempo produrre così grandi effetti? Forsechè, ciò che era ingiusto da principio, diventa giusto *tractu temporis*? Grave quesito, reso anche più difficile a risolversi dalla nozione della proprietà individuale che significa un diritto irrevocabile avente per suo contenuto il *non usus* e *l'abusus*. Potrebbesi forse scorgere in tutto ciò il solo operare della estintiva, poichè il diritto acquistato dal possessore è precisamente quello perduto dall'antico proprietario. Invero non appena un terzo s'immette nel godimento della cosa altrui, sorge pel proprietario la necessità di agire a tutela della sua cosa, nello stesso modo in cui nasce l'azione del creditore pel conseguimento del suo credito, se al momento definito dalla legge o dal contratto il debitore non adempie la sua obbligazione. Come da questo momento il creditore può ricorrere alle vie giudiziarie, e se non vi ricorre, ed al contrario si acqueta alla violazione del suo diritto, e tace pel tempo determinato, l'azione competentegli finisce per estinguersi ed il debitore resta *tempore liberatus*, così pel proprietario nel momento stesso della usurpazione commessa a suo danno, sorge il bisogno di provvedere alla difesa del proprio diritto. Se non agisce, e permette che l'usurpazione continui tranquillamente, l'azione *in rem* a lui competente si estingue, e il possessore resta sciolto dall'obbligo, che prima gl'incombeva, di restituire la cosa al legittimo padrone. Una teorica siffatta non vede nella prescrizione acquisitiva che la semplice estinzione dell'azione diretta a farsi restituire la cosa da altri detenuta *sine justa*

et probabili causa, ed è favorita dalla lettera dell'artic. 2135 del Cod. civile, il quale dispone: che tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono in trent'anni senza che si possa opporre difetto di titolo o di buona fede (1), ed è anche suffragata dalle relazioni evidenti che intercedono fra la perdita della proprietà e quella di un diritto di obbligazione. Con tutto ciò la teorica non può accogliersi. Invero, estinto il credito, tutto è finito, e la liberazione del debitore è una conseguenza logica e necessaria; ma l'estinzione del diritto del precedente proprietario non ha punto a suo necessario effetto l'acquisto del medesimo da parte di colui, che ha usucapito. Cotale acquisto è un fatto indipendente, ed è piuttosto la causa che l' effetto dell' estinguersi della proprietà spettante all'antico *dominus*. Questi perde il suo diritto appunto perchè altri l'ha acquistato, essendo un assurdo giuridico e ripugnante alla nozione ricevuta il *plurium condominium in solidum* (Fr. 5, § 15, D. *commodati*, 13, 6; Fr. 19, § 3, D. *de castrensi peculio*, 49, 17). Prescindendo dalla differenza degli effetti nei due casi, occorre rilevare che, mentre l'inerzia del creditore ha sempre per conseguenza l'estinzione del credito, l' inerzia del proprietario non consuma sempre il suo diritto e l'azione *in rem*. Il che si avvera non solo nel caso di detentori precarii, *qui alienae possessioni praestant ministerium* (Fr. 18, pr. D. *de poss.*, 41, 2), benchè siano lasciati anche per un lunghissimo tempo nella detenzione della cosa, ma anche in altri. Poniamo ad esempio che il primo possessore sia spossessato da un secondo; questi a sua volta da un terzo, e così di seguito, senza che il proprietario insorga mai a reclamare la sua cosa. Se l'effetto vero non fosse che la liberazione dall'obbligo di restituire, trascorso il trentennio (art. 2135, Cod. civ.), l'ultimo possessore dovrebbe trovarsi in istato di piena sicurezza contro ogni tentativo di *rei vindicatio*. Ciò non è: ciascun spossessamento ha costituito un'interruzione naturale, che giovò al proprietario, perchè tolse ogni efficacia al possesso precedente (Gajo, Fr. 5, D. *de usurp.*, 41, 3) (2).

---

(1) Dovremo in seguito esaminare di proposito l'art. 2135, Cod. civ. e vedremo che malgrado l'ampiezza del suo disposto, non è stato intendimento del legislatore italiano di trasformare le due prescrizioni in una sola ed identica.

La teorica accennata nel testo ebbe uno strenuo propugnatore in MARCADÉ all'art. 2219, n. 6. Il MAYNZ, *Droit Romain*, § 61, nota 4, e 115, nota 10, e § 123, nota 21, sostenne la possibilità di applicazione della *praescriptio* all'*actio in rem* desumendola dalla L. 8, § 1, C. *de praescr.* XXX *vel* XL *ann.*, 7, 39. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 107, nota 4.

(2) In contrario senso potrebbesi anche sostenere con opposto ragionamento che ogni prescrizione estintiva, mentre produce una perdita da un lato, genera

V'ha di più. Può avverarsi il caso inverso che il proprietario abbia già perduto il diritto reale e la relativa azione e che perdurino invece l'obbligo della restituzione e la conseguente azione personale. Il caso si avvera quando il detentore precario aliena ad un terzo di buona fede la cosa che egli detiene; il terzo col possesso decennale avrà fatto sua la cosa, laddove il detentore precario solo colla prescrizione trentennaria sarà liberato dall'obbligo della restituzione.

19. — Varii furono i sistemi escogitati per stabilire la ragione vera, per cui l'usucapione produce quegli effetti, di cui sopra toccammo.

Alcuni la posero nel presunto abbandono del diritto (1). Questa dottrina ha il vizio gravissimo di raccomandare ad una presunzione vaga, inverosimile, ripugnante al principio di diritto, secondo il quale le rinunzie non si presumono, smentita spesso dal fatto, un'istituzione importante, destinata a sorreggere tanti e tanto gravi interessi. L'immaginata presunzione ripugna al testo stesso della legge, la quale proclama che l'usucapione è un mezzo di acquisto (art. 2105 Cod. civ.). E hannovi casi pratici, quelli della detenzione precaria, che resistono a tale dottrina. Perchè nel caso del detentore precario non si suppone che il proprietario abbia abbandonato il proprio diritto e si dovrà supporre negli altri? La ragione, per cui la detenzione precaria non è abile all'acquisto, torna all'evidenza indifferente, quando gli effetti dell'usucapione si attribuiscano semplicemente alla presunta rinunzia.

Altri pensò che la prescrizione (tanto acquisitiva come estintiva) sia una presunzione di un titolo anteriore di acquisto o di liberazione, di cui non si abbia la prova attuale. Il Laurent (*Principes*, XXXII, n. 3), Marcadé all'art. 2219, n. 2, Ricci (V, n. 142) (2),

---

un'acquisizione dall'altro. In tal senso aveva già scritto Paolo nel Fr. 11, D. *de acceptilatione*, 46, 4: " *Species adquirendi* est liberare dominum obligatione „ parole che il Gothofredus così illustrava (*in notis ad hanc l.*): " alteri adquirit, qui cum liberat; qui liberatur fit locupletior, quia, quamvis ei revera nihil adcrescat, hoc ipso tamen ditior est, quod nihil ei decrescit, quippe *nihil diminui* species est lucri „. Vedi C. C. Roma, 29 luglio 1880, *Legge*, 1881, I, 327; Fadda e Bensa, *note al Windscheid*, volume I, pag. 1074.

(1) Fr. 28, pr. D. *de V. S.*: " Alienationis verbum etiam usucapionem continet. Vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi „. Paolo in questo Fr. accenna evidentemente alla teorica del presunto abbandono.

(2) Tale dottrina venne censurata anche dalla C. C. Napoli, 21 marzo 1887, *Legge*, 1888, I, 196. " Che non può revocarsi in dubbio avere il Tribunale nella denunziata sentenza enunziata un'erronea teoria di diritto, che cioè secondo l'art. 2106 Cod. civ. la prescrizione non è modo di acquistare la proprietà, ma di consolidare un acquisto precedente „.

confutano vittoriosamente questa teorica (1). Ed eccone le principali ragioni: 1° non solo non vi ha alcun testo di legge che consacri una presunzione sì fatta, ma ve ne sono invece di contrarii che mettono la prescrizione a fianco del pagamento e della occupazione (art. 1236 e 710 Cod. civ.); 2° anche l'usurpatore, il *praedo,* il quale cinicamente ostenti la mancanza di titolo e di buona fede, usucapisce; 3° l'obbligazione è estinta, sebbene vi sia la prova ed anche la confessione che il debito non fu pagato. Sono ragioni perentorie.

Altri trovò la ragione nel bisogno di troncare le liti, e rendere certi i dominii (Fr. 1, D. *de usurpationibus*, 41, 3, *ut litium finis esset* (2); Fr. 5, pr. D. *pro suo*, 41, 10), confondendo così la ragione giuridica dell'istituto col suo scopo; mettendo uno degli effetti e non il più essenziale al posto della causa.

Il Savigny si fece banditore di una dottrina ecclettica. Egli insegnò che l'usucapione (come la prescrizione e la decadenza) ha un lato positivo consistente nel bisogno di restringere entro i limiti più brevi le incertezze dei diritti, e un lato negativo, che è la punizione dei proprietarii negligenti, e che avvi infine un lato pratico di somma importanza, che è appunto costituito dalla presunzione di un titolo di cui non si conosca l'esistenza. Ho già dimostrato che questi varii motivi presi separatamente non soddisfanno allo scopo; non soddisfanno neppure uniti. Nella dimostrazione del Savigny manca il vero lato positivo, che è quello di eccitare all'esercizio dei proprii diritti, ed alla coltivazione assidua dei proprii campi, e di premiare nello stesso tempo un possesso continuato e proficuo alla società.

Chi ha benissimo afferrato e spiegato il concetto fondamentale dell'usucapione fu il nostro Richeri, le cui parole giova qui riferire: " Usucapio seu dominii translatio per usucapionem eo potissimum fundamento inducta est, quod *rei publicae et privatorum* maxime interest ne dominia semper incerta sint (ex quo facile agrorum cultura negligeretur, neque ea, quae par est, diligentia servarentur bona), et via praecludatur litibus, ex quibus tum publicae securitati, tum privatorum indemnitati gravissimum imminet damnum. Profecto nemo non videt aequissimam esse causam quae

---

(1) Questa teorica fu propugnata in seno alla Commissione coordinatrice del Codice civ. dal senatore De Foresta, Verb. n. 44, seduta ant. 22 maggio 1865.

(2) In questo senso la prescrizione fu rassomigliata alla cosa giudicata " La prescription au point de vue de son utilité sociale peut être comparée à la règle de l'autorité de la chose jugée; elle rend des services analogues. Il est un moment où il faut que le dernier mot soit dit; où l'incertitude du droit est plus fâcheuse que l'injustice ". BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, *De la prescription*, 2ª ed., n. 29.

ex publica et privata utilitate desumitur: *causa haec publica auctoritate probatur atque firmatur. Legitimus ergo titulus* est usucapio, ex quo rerum dominium nanciscamur „. (*Jur.*, Lib. II., § 1782). E noi diremo con lui che l'usucapione è un titolo legittimo di acquisto approvato e consacrato dalla pubblica autorità per le seguenti ragioni di generale utilità: eccitare alla diligente coltura dei campi ed all'esercizio dei proprii diritti con evidente vantaggio del privato, e con profitto universale, e premiare il lavoro umano, fonte di benessere per tutti; punire dall'altro lato coloro che colla trascuranza delle proprie cose si sono resi indegni della protezione sociale.

Diremo poi che essa ha lo scopo: di diminuire i litigi e di rendere certi i dominii ed i diritti in genere, provvedendo alla pubblica e privata sicurezza: e quello praticamente non meno importante di facilitare la prova del suo diritto al legittimo proprietario (1). — Considerata sotto questo aspetto la prescrizione si può chiamare la più salda guarentigia del generale benessere. Invero le famiglie vedrebbero sè tratte in rovina e sperperati i loro patrimonii accumulati con anni di lavoro e di risparmio, se malgrado il decorso di moltissimi anni, durante i quali si avverarono tante traslazioni dei dominii, fossero costrette non solo a mostrare i titoli dei loro acquisti, ma a provare anche il legittimo diritto dei loro più remoti autori. Veramente diabolica sarebbe una prova di questo genere. Nessuno sarebbe più sicuro; tutti potrebbero da un momento all'altro essere strappati dai loro possedimenti, privati di agi goduti da lungo tempo colla massima tranquillità e lanciati nella più orrenda miseria, se fosse lecito rinvangare nelle tenebre dei secoli a ricercarvi l'origine dei diritti individuali. E poi a qual punto si fermerebbe la ricerca? Fin dove sarebbe permesso di risalire? Un termine alla ricerca sarebbe pur imposto se non dalla legge, dalla necessità stessa; questo termine sarebbe pur sempre una prescrizione. Così la prescrizione acquisitiva, che di

---

(1) Fadda e Bensa (*Note al Windscheid*, vol. I, pag. 1073) opinano col Kohler che la ragione intima della prescrizione consista nel carattere temporaneo dei rapporti umani e nella necessità che una buona volta si sciolga l'intreccio dei varî diritti. Questa intima ragione sarebbe adunque la risultante di due motivi distinti, ontologico l'uno, utilitario l'altro. Sul primo poco ho da osservare, perchè è l'idea fondamentale da me sostenuta sopra al n. 1°; quanto al secondo rilevo che la formola adottata dagli Autori citati si appalesa meno precisa dell'altra più usata ad esprimere lo stesso concetto, e che non è comprensiva di tutte le utilità, che la prescrizione è destinata a generare. Ad ogni modo questa ragione intima è quella della prescrizione in genere, e non vale a spiegare e giustificare l'acquisto del diritto mediante usucapione.

prima giunta pare una minaccia pei diritti dei legittimi proprietari, in realtà è la loro più sicura amica e patrona, e prima che agli altrui provvede ai loro interessi. Se ad essa ricorre il possessore per averne un titolo di acquisto originario dovuto al solo suo lavoro, vi ricorre eziandio, e ben più sovente, il proprietario per la più comoda difesa del suo diritto aggredito o violato, per trarne una prova facile ed esente da quei dubbi che troppo spesso sorgono dai titoli di acquisti derivativi.

20. — Ma se si riguarda la usucapione quale mezzo di acquisto per chi non abbia altro titolo, e prescindendo dal vantaggio indiretto che offre al proprietario coll'esimerlo dalla *probatio diabolica*, sorge una questione non priva d' interesse: se cioè l'usucapione sia o meno conforme ai principii della morale, che vietano di usurpare le cose di altrui spettanza, e comandano di rispettare la diversità *del mio e del tuo. Il nemo locupletari debet cum alterius jactura* (1) pare contrario ad un simile modo di acquisto se è vero il solenne insegnamento di Pomponio: *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*, Fr. 11, D. *de R. J.*, 50, 17. E veramente molti e valenti scrittori, pur non disconoscendo le ragioni di utilità che hanno determinato l'introduzione di questo istituto, esitano ad ammetterne la intrinseca giustizia, e tutt'al più lo considerano come uno di quei mali necessari che la società è costretta a tollerare nello scopo di evitarne altri maggiori.

Quanto a me, dico francamente che l'usucapione nella sua funzione di mezzo di acquisto è una vera espropriazione autorizzata dalla società in odio del proprietario negligente ed in favore del possessore, che ha col lavoro assiduo di molti anni coltivato e fecondato l'altrui terreno. E credo che una cotale espropriazione nè contraddice ai principii inconcussi della morale, nè ferisce la nozione accolta fra i popoli civili della proprietà individuale. Sta bene che questa sia un diritto assoluto ed irrevocabile, e comprendente anche la facoltà del non *usus*. Ma se la società nell'intento di guarentire i caratteri sostanziali della proprietà, ha voluto che tali e tanti poteri in sè comprendesse, non è men vero però che la sola giustificazione di essa, che è una deroga al principio che le cose tutte, essendo offerte ugualmente dalla natura a tutti gli uomini per soddisfare ai loro bisogni, dovrebbero essere a tutti comuni, sta nel fatto di contribuire non meno al vantaggio dell'individuo, che a quello dell'intiero consorzio sociale. Non ho intenzione alcuna

---

(1) " Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem ". Fr. 206, D. *de R. J.*, 50, 17, Pomponius.

di entrare nel ginepraio delle teoriche che furono escogitate intorno al problema della proprietà e specialmente di quelle che o la vorrebbero abolita, o almeno diversamente conformata in modo più confacente ai principii della natural giustizia. Accetto la nozione quale impera a seconda delle leggi, e ritengo anzi che dati i costumi attuali, date le passioni e i sentimenti che predominano, data la spinta universale dell'interesse, il solo incentivo al lavoro utile possa essere la proprietà individuale. Un'altra forma di società, che a noi è appena dato d'immaginare, in cui gli uomini abbiano più virtù e meno vizii, in cui amino il lavoro e compiano il proprio dovere senza bisogno di premii e senza paura di pene, in cui lo stimolo del lucro sia sostituito da un elevato sentimento di generale fratellanza e da una prontezza d'animo all'abnegazione ed al sacrifizio, potrà abolire la proprietà individuale, e concentrare la padronanza dei beni nell'ente sociale che ne distribuisca l'uso a ciascuno secondo le sue forze e secondo i suoi bisogni. Ma la società attuale è ben altra; e quindi la proprietà così è e così deve essere. Ma a patto che compia la sua missione di essere un incentivo e un premio del lavoro.

Ora ad essa vien meno ogni qualvolta la si lascia derelitta e infeconda. Un campo abbandonato è un danno per la società, e quale e quanto ce lo dice la storia degli ultimi tempi del Romano Impero, in cui il potere sociale per allettare i cittadini neghittosi alla coltura dei campi deserti dovette offrirli in premio a chi per un certo numero di anni li coltivasse. La società ha il diritto di impedire un danno di questa natura? Qui sta tutto il nerbo della questione. Ora enunciare il quesito e risolverlo nel senso affermativo è una cosa sola. Qualunque sia il fondamento della proprietà, derivi essa dalla legge di natura, o sia una pura creazione del *jus* positivo, un'arma messa a disposizione dei più forti nella dura lotta della esistenza, certo è che vive perchè la società (1) ad essa accorda la sua possente guarentigia; essa vive nella società e per la società la quale ha per ciò solo il diritto di disciplinarla come meglio le giova, ed in ispecie di toglierle la sua protezione ogniqualvolta vien meno al suo còmpito.

Ma indipendentemente dalla potestà di sottoporla alle norme opportune, come correspettivo della tutela che accorda ad essa,

(1) Dico che la proprietà vive in causa della protezione accordata dal potere sociale, senza la quale sarebbe libero ad ognuno di disconoscerla e di manometterla. Che sarebbe infatti la proprietà, se non fosse fornita di un'azione? Un puro stato di fatto. Ho appena bisogno di rammentare il concetto del *dominium bonitarium* a maggior dilucidazione del mio pensiero.

come ad ogni altro diritto, la società tiene dalla stessa ragione di natura il potere di attuare tutti quei mezzi per cui la proprietà, che è uno dei suoi cardini, raggiunga il fine che le è prefisso, e che solo la giustifica; quello d'inservire al benessere universale per mezzo di quello individuale. Il rispetto alla umana dignità vieta di costringere con mezzi coercitivi diretti il proprietario a coltivare i suoi beni, non di attuare altri mezzi che tendono indirettamente allo stesso scopo senza toccare la persona del proprietario. Ed uno di questi mezzi, il più importante anzi è l'usucapione, che, riguardata nei suoi rapporti col proprietario, è appunto la punizione della protratta sua negligenza, la perdita della protezione sociale incarnata nell'azione, che prima gli competeva per rivendicare la sua cosa.

Anche più facilmente si giustifica l'usucapione, considerata nell'altro suo lato, come titolo di acquisto pel possessore. Il lavoro è senza dubbio alcuno la prima e più nobile fonte della proprietà. Dal lavoro ha questa preso inizio, e probabilmente per lunga età degli umani consorzii, proprietà e lavoro furono due termini necessariamente uniti. Invero noi ora concepiamo la stabilità e la trasmissibilità come due elementi essenziali del dominio; ma non havvi ripugnanza alcuna a supporre che si siano aggiunte alla idea primitiva, quando questa venne maggiormente sviluppandosi, ed assumendo forme più perfezionate. Concedo, se così vuolsi, che il primo uomo, dopo d'aver afferrato una cosa e per tutto il tempo che la teneva a sua disposizione, la considerasse come sua proprietà; ma non so persuadermi che tale continuasse a ritenerla anche dopo d'averla lasciata, e meno ancora che si arrogasse il diritto di trasmetterla ad altri in caso di sua morte. Allora non poteva aver luogo l'usucapione, perchè non appena il proprietario cessava dall'avere la cosa a sua disposizione, svaniva il vincolo tra l'uno e l'altra; e questa tornava nello stato primitivo di *res nullius*, preda del primo occupante. Si fu quando il Diritto Civile sancì, che la proprietà, come istituto da lui disciplinato, continuasse a rimanere presso l'individuo, che ne aveva fatto legittimo acquisto, non ostante l'attuale sua inerzia, che sorse l'istituto dell' usucapione per correggere appunto gli inconvenienti che la troppo sfrenata podestà inclusa nella nozione legale del dominio avrebbe dovuto cagionare. Non al dominio considerato come un diritto sui beni, ma ad una sua perpetuità ideale in onta all'inazione per quanto prolungata, anche di fronte a chi possiede e lavora, si contrappone l'istituto. Ed a giusta ragione; perchè una perpetuità siffatta non è voluta dalla legge morale, la quale impose il lavoro all'uomo come condizione imprescindibile della sua esistenza. Nella natura tutto la-

vora, tutto adempie ad un còmpito prestabilito sotto pena inevitabile di morte. E potrebbe la sola proprietà sottrarsi a questa legge universale? L'usucapione adunque considerata come mezzo di acquisto rappresenta un ritorno alle norme primitive e naturali; è un mezzo morale e legittimo come quella che è la consacrazione dell'acquisto dei beni ottenuti col lavoro vantaggioso all'individuo, proficuo alla società.

21. — Il Troplong, che concorda con noi nel trovare l'usucapione, quand'è accompagnata dalla buona fede, conforme ai principii della naturale equità (1), insegna poi che l'usucapione in quanto favorisce anche il possessore di mala fede, è un istituto introdotto dal *jus* positivo per ragioni di pubblico interesse (*Prescr.*, n. 11). Non posso dividere tale opinione. L'elemento positivo dell'acquisto è il possesso animo *domini*, il quale è del tutto indipendente dalla qualità del possessore. Nulla importa che questi sia o non sia stato di buona fede; perchè il fatto del possesso vi sarà pur sempre stato, e con esso la causa dell'acquisto. D'altra parte nè il proprietario ha trovato nella mala fede del possessore un ostacolo qualsiasi ad esercitare il suo diritto, nè egli si troverà più avvantaggiato, se al momento in cui l'usucapione è compiuta, la società gli dirà: È vero che ti vien tolto il tuo fondo, ma consolati, perchè l'usucapiente era in buona fede. E poi conviene dire tutta la verità. Si può comprendere e giustificare la disposizione del Diritto Pontificio che voleva la buona fede continua, ma non si giustifica in alcun modo la distinzione voluta dal Troplong, il quale, conformandosi alla legge ora vigente modellata sul Diritto Romano, si accontenta della buona fede iniziale. Buona fede, che è una specie di battesimo che purifica l'usucapione dal peccato originale, ma che ad essa permette di essere poi accompagnata dalla più insigne mala fede per tutto il restante suo corso.

Nel Diritto Canonico la cosa era molto diversa. Il possessore doveva avere sempre la convinzione di essere proprietario, la *cogitatio domini*, e viveva quindi in un errore, fatto più scusabile dalla protratta inerzia del proprietario, che solo dopo un lungo silenzio, che naturalmente doveva confermare il possessore nell'erronea convinzione, insorgeva a rivendicare il suo fondo. Nel Diritto Canonico l'usucapione aveva quel fondamento che il Troplong ad essa attribuisce, ma che non si accorda più col sistema legislativo vigente (2).

---

(1) *Prescr.*, n. 10.

(2) Non contrasto che chi possedette in mala fede e sa di essersi meritato dai RR. ICC. il titolo poco onorevole di *praedo* (Fr. 35, D. *de cond. indeb.*,

21[bis]. — Altri autori, pur ammettendo l'equità dell'usucapione, credono però difforme da giustizia, che non si conceda un'indennità al precedente proprietario. Sta bene, dicono essi, che il suo diritto debba cedere a quello del possessore; è plausibile l'espropriazione decretata dal potere sociale in favore di questo. Ma quando ragioni di utilità generale consigliano ed autorizzano un'espropriazione forzata, si concede sempre al privato un'indennità in compenso del diritto, di cui lo si spoglia. E perchè non in questo caso? Forse perchè l'usucapione è anche una pena inflitta al proprietario negligente? Ma egli è già abbastanza punito colla perdita dei frutti di tanti anni. Queste considerazioni non mi convincono, perchè non posso conciliare il principio che informa l'usucapione colla concessione di un'indennità al proprietario. Non già ch'io pensi che il diritto ad un compenso siasi estinto nel tempo stesso in cui l'usucapione si compiva, come avviene nel caso di passaggio coattivo a tenore dello art. 597, C. C. *A disparatis male fit illatio*: nel passaggio legale la servitù trova il suo titolo nella legge e l'obbligo del risarcimento nasce fin dal primo istante, in cui la si esercita; nell'usucapione invece l'espropriazione si effettua solo nel momento in cui essa è compiuta, e solo in tal punto sorge il diritto all'emenda del danno. La ragione vera, per cui rifiuto ogni compenso all'antico proprietario, è quella stessa per cui giustifico la usucapione e la trovo consona ai principii di naturale ragione. Il possessore ha acquistato la proprietà della cosa, mediante un lavoro continuo ed assiduo; il possesso durato per tutto il tempo definito dalla legge e colle qualità all'uopo volute costituisce per lui un titolo originario indipendente dal diritto dell'antico *dominus*. Ma anche considerato in sè questo preteso obbligo dell'indennità, facil cosa è dimostrare che non ne ricorrono nel caso i termini di applicazione. È noto che per farsi luogo ad un risarcimento occorre un danno dall'un lato, un fatto colpevole dall'altro. Ora non si di-

---

12, 6; Fr. 31, D. *de hered. petit.*, 5, 3; Fr. I, § 3, D. *si rent. nom.*, 25, 5, e Voet, *ad Pand. Locati*, 19, 2, n. 28), per cui si distingue dai nemici forniti del diritto di guerra come insegna il Fr. 118, D. *de V. S.*, 50, 16, possa nel foro interno della coscienza considerarsi come astretto a restituire al legittimo proprietario la cosa posseduta; ma una consimile ipotesi sconfina evidentemente dal campo del diritto, e trova luogo in quello della morale pura. *Non omne, quod licet, honestum est.* Giova ancora notare che il nostro legislatore ha consacrato tutti quei riguardi morali che si potevano conciliare colle norme giuridiche. Di fatto egli non solo ha permesso al possessore di rinunziare agli effetti della usucapione già compiuta, ma inoltre ha stabilito che la rinunzia sia semplicemente abdicativa, non importante cioè trasferimento di diritti; ciò che può anche considerarsi come un atto di ossequio a quei principii puramente morali, di cui ho fatto cenno.

mentichi, ciò che abbiamo di sopra esposto: che l'usucapione ha due elementi, l'uno positivo, consistente nel possesso, mediante il quale l'usucapiente acquista quel dato fondo, e l'altro negativo, l'inerzia lungamente protratta del proprietario, la quale determina e giustifica la perdita del diritto a lui spettante. Ed appunto questo elemento negativo pone contrasto a qualsiasi pretensione che quest'ultimo intendesse sollevare ad usucapione finita. Alla medesima risponde con precisione la massima consegnata nel Fr. 203, D. *de R. J.*, 50, 17: *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* Ed è proprio sua la colpa di aver lasciato compiere l'usucapione, senza aver esercitato i proprii diritti. Lungo spazio di tempo a lui concesse la legge per rivendicare la sua cosa: se egli non si curò di ciò fare, suo il danno, senza speranza di vederlo risarcito. Sarebbe un ridare colla mano sinistra ciò che si tolse colla destra l'accordare un'indennità all'antico proprietario. Ed infine chi sarebbe tenuto a prestarla? Non la società, che tutti si accordano avere consacrato l'usucapione o come un postulato di diritto naturale imposto dalle norme, che debbono regolare l'opera della proprietà negli umani consorzi, od almeno per motivi imprescindibili di pubblica utilità; non l'usucapiente, come quello che non potè commettere colpa alcuna, essendosi prevalso di una facoltà concessa dalla legge (Fr. 13, § 1, D. *de injuriis*, 47, 10). Insomma anche ammesso in astratto l'obbligo dell'indennità non si saprebbe su chi debba cadere, il che non è spregevole ragione per escluderlo del tutto.

22. — L'usucapione della servitù e degli altri diritti reali si sorregge sullo stesso fondamento che quella della proprietà. Anzi in questo caso s'incontrano minori difficoltà a farne accettare la naturale giustizia perchè l'imposizione di un diritto reale menoma, non distrugge il diritto del proprietario del fondo servente. Qui pare meno lontana dal vero la teorica del presunto abbandono del proprio diritto, giustificata dal lungo silenzio del proprietario, che per tanti anni vide, tacque, lasciò fare, mostrando così di acconsentire che il suo fondo prima libero sopportasse l'esercizio di quel diritto reale. D'altronde così per questa, come per l'usucapione del dominio, il miglioramento dell'agricoltura onde si avvantaggia il benessere generale per la più proficua coltivazione dei campi, ed il rispetto del fatto umano liberamente compiutosi per tanti anni, sono ragioni più che valevoli a giustificarla, qualsiasi il punto di vista, sotto cui la si considera.

CAPITOLO III.

SEZIONE I.

Concetto della prescrizione acquisitiva e diritti che mediante la medesima si acquistano.

SOMMARIO: 23. *Il Codice patrio riconosce la prescrizione acquisitiva.* — 24. *Definizione dell'usucapione. - Critica di quella contenuta nell'art.* 2105 *del Codice civile.* — 25. *Elementi della prescrizione acquisitiva. - Sua duplice funzione* formale *e* processuale.

23. — L'art. 2105 del Codice civile dice che " la prescrizione è un mezzo con cui col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da un'obbligazione ". La lettera dell'articolo sembra mostrare che il patrio legislatore abbia fuso i due istituti della prescrizione acquisitiva e della estintiva, diversi per la loro natura, per gli scopi, pei diritti su cui operano, e per le norme onde sono retti, in uno solo con un doppio effetto: di far acquistare un diritto, di liberare da un'obbligazione. La fusione cominciata da Giustiniano, accolta nei Codici moderni, si manifesta più spiccata ed in forma anche più rigida nell'articolo 2135, secondo il quale i due istituti appariscono ridotti ad uno solo senza distinzione di effetti, che sarebbe la prescrizione delle azioni.

Tuttavia la completa fusione non è che apparente. L'articolo 2105 stesso ammette e consacra l'acquisitiva con quelle parole: *la prescrizione è un mezzo con cui taluno acquista un diritto,* le quali ne designano il principale effetto e la distinguono nettamente dalla estintiva, che è un mezzo con cui taluno si libera da un'obbligazione. L'art. 2106 ribadisce anche meglio il concetto dell'acquisitiva, come istituto per sè stante, disponendo che per acquistare mediante la prescrizione è necessario un possesso legittimo. Ora è manifesto che alla sola acquisitiva abbisogna il possesso legittimo, laddove l'estintiva si compie per la sola inerzia del creditore. Ed infine l'art. 2137 arreca ancora un argomento alla nostra opinione col sancire la prescrizione decennale, che per comune

insegnamento è soltanto acquisitiva (1). La Patria Giurisprudenza ha più volte affermato l'esistenza delle due diverse prescrizioni (C. C. Roma, 11 aprile 1876, e 29 luglio 1880, *Fôro It.,* I, 1, 460, e *Legge,* 1881, 1, 327; C. A. Perugia, 4 luglio 1878, *Legge,* 1879, 1, 328). E mi piace riportare le autorevoli parole della C. C. Roma nella citata decisione 29 luglio 1880: " Che sebbene Giustiniano stimasse opportuno di ridurre sotto alla medesima regola l'acquisizione per usucapione e la decadenza per eccezione di prescrizione in ordine alle cose ed al decorso del tempo, tuttavia l'Imperatore per ciò che risguarda il modo, non potè intendere, nè intese di ridurre in uno e trasformare in identica cosa due istituti per loro essenziale natura e sì grandemente diversi. La differenza sostanziale dell'antica usucapione e prescrizione si è riprodotta nella distinzione nata per una necessità ineluttabile di cose e quasi contemporanea di prescrizione acquisitiva e prescrizione estintiva i cui caratteri più spiccati possono leggersi manifesti nelle Leggi 3, 4 e 8, Cod. *de praescript.* 30, *vel* 40, *ann.* 7, 39 „.

Sorge quindi naturale una domanda: Se è vero che tra la usucapione e la prescrizione delle azioni vi è differenza sostanziale, perchè il legislatore ne ha trattato in cumulo, dettando disposizioni comuni ad ambedue, invece di distinguerle, e disciplinarle a quel modo che l'indole rispettiva di ciascuna desiderava? Facile la risposta. Il nostro Codice è modellato su quello francese, anche in quelle parti che meno avrebbero meritato di servir da modello. D'altronde è mestieri riconoscere che i due istituti, benchè tanto diversi, hanno comune un elemento importantissimo, il decorso del tempo accompagnato dall'inazione di colui in cui danno si compiono. Donde in molti lati una grande affinità di regole, che si adattano tanto all'uno quanto all'altro. Tuttavia è mio fermo avviso, che il patrio legislatore avrebbe fatto opera saggia e lodevole ritornando alle sane tradizioni della Romana Sapienza, che insegnavano a separare l'usucapione dalla prescrizione e a dettare per ciascuna le norme che all'indole sua meglio si confanno (2). Di fatto non conosciamo che una sola specie di prescrizione, che non già sia, ma possa almeno sembrare ad un tempo acquisitiva e liberatoria, la trentennaria, la quale, come poco esattamente dice l'art. 2135, vale ad estinguere tutte le azioni o reali o personali che esse siano. Le altre appartengono recisamente all'una od all'altra categoria. Che relazione ha ad esempio la decennale acquisitiva colle brevi prescrizioni puramente estintive?

---

(1) Idem, LAURENT, XXXII, 7.

(2) Vedi sopra n. 3.

Ciò che non fece il legislatore, può e deve fare la trattazione scientifica. La distinzione è imposta dalla natura delle due istituzioni, ed è praticamente giustificata dalla maggior precisione e chiarezza delle idee, ciò che è tanto necessario, e servirà a dissipare i non pochi errori, che sono penetrati nel campo delle prescrizioni, e sono appunto la conseguenza della confusione dei concetti giuridici (1).

24. — Venendo alla definizione della prescrizione acquisitiva contenuta nell'art. 2105, parmi il caso di ripetere: *Omnis definitio in jure civili periculosa* (Fr. 202, D. *de R. J.*, 50, 17). Acerba critica ne fu fatta dal Troplong (*Prescr.*, 24). Come, grida egli, il tempo è un mezzo per acquistare o perdere un diritto? Il legislatore ha dunque dimenticato che *tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris?* A lui risposero Duranton e Laurent, che la definizione non aveva fatto del solo tempo il mezzo di acquisto, ma aveva avuto cura di aggiungere che col tempo dovevano concorrere le altre condizioni determinate dalla legge. E come la censura era infondata, così la risposta era perentoria. Ma altre e più fondate censure debbono rivolgersi alla definizione. Anzitutto non è vero che la prescrizione sia un mezzo di acquisto; al contrario il mezzo di acquisto è il possesso legittimo continuato per tutto il tempo occorrente; e l'usucapione, che ne è l'ultimo effetto, è realmente un titolo legittimo di acquisto. Il che viene riconosciuto dallo stesso legislatore, quando dispone che per acquistare mediante la prescrizione occorre un possesso legittimo. In secondo luogo la definizione è molto più ampia del definito, perchè, come vedremo in breve, non tutti i diritti sono acquisibili per usucapione. E quando in difesa del citato art. 2105 si osservasse che non intende già significare che ogni diritto si possa acquistare in simile modo, ma solo dinotare in modo generico il principale effetto dell'acquisitiva, facile è rispondere che la definizione sarebbe pur sempre viziosa e censurabile per difetto di sufficiente determinazione di uno dei suoi termini. A mio avviso avrebbe fatto molto meglio il nostro legislatore ad omettere ogni definizione, ed in ispecie poi quella infelicissima copiata dal Codice Napoleone, ed a determinare invece in alcuni articoli più chiari e più precisi le condizioni che occorrevano per l'acquisto dei diritti mediante l'usucapione.

La migliore definizione, che io mi conosca, è quella che ci venne lasciata dalla Romana Sapienza nel Fr. 3, D. *de usurpatio-*

---

(1) Per maggiore svolgimento del concetto vedi sopra n. 3.

nibus, 41, 3: *Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* (1). Questa definizione, scritta nel tempo in cui vigeva la *Lex Scribonia* (2), in virtù della quale era soppressa l'usucapione delle servitù, è necessariamente incompleta. Posteriormente colla riforma Giustinianea, seguita dai Codici moderni, l'usucapione fu applicata anche ai diritti reali. Completando quindi la definizione dei Giureconsulti Romani dico che: l'usucapione è il conseguimento della proprietà o di un altro diritto reale, che sia capace di quasi-possesso, mediante il possesso fornito delle qualità volute dalla legge e durato tutto il tempo da questa stabilito (3).

25. — La definizione ci mostra quali sono gli elementi della usucapione, quale il suo scopo, quali le sue funzioni. Essa ha per elementi costitutivi: il possesso e il decorso del tempo. Ma non un possesso qualunque, sibbene quello accompagnato da tutte le qualità, che il legislatore ha richiesto per renderlo atto ad usucapire, e delle quali ci occuperemo a luogo opportuno. Il possesso deve poi durare tutto il tempo stabilito. Ma una durata siffatta deve intendersi in un senso non solo materiale, ma anche giuridico. Occorre invero non solo che sia stato continuo il fatto del possesso, ma vuolsi eziandio che non sia stato mai interrotto in uno dei modi specificati dalla legge. Il requisito di una certa durata del possesso, *la continuatio possessionis temporis lege definiti*

---

(1) La definizione data nel citato Fr. 3. *de usurp.* è di Modestino, il quale la tolse di sana pianta dai libri di Ulpiano, che fu suo maestro, come risulta dal Fr. 52, § 20, D. *de furtis*, in cui Ulpiano chiama Modestino *studiosus meus*. Invero nei Frag. di Ulpiano, T. 19, § 8, troviamo: " Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii, rerum mobilium anni, immobilium biennii ". Come vedesi mentre Ulpiano dice *adeptio dominii*, Modestino usa la parola *adjectio*. *Adeptio* propriamente vuol dire conseguimento; *adjectio* aggiunta od accrescimento. *Adeptio* risponde meglio al volgare concetto della usucapione, in cui scorgesi un mezzo di acquisto della proprietà, ed alla Teorica romana per cui essa è un istituto introdotto dal *Jus* Civile a fianco della *mancipatio* e della *in jure cessio*. *Adjectio* invece pare convenire meglio al concetto da me svolto, secondo il quale il possesso contiene in sè, sebbene in germe, la virtù generatrice del dominio. Il Fr. 3, *de usurpationibus*, come dimostra il confronto col testo genuino di Ulpiano, fu interpolato. Mentre Modestino parlò del possesso annale o biennale, secondo che si trattava di cose mobili o di immobili, colla precisione consueta dei giureconsulti, furono sostituite quelle parole vaghe che paiono preludere al metodo dei moderni Codici: " per continuationem possessionis temporis lege definiti " nello scopo di uniformare la definizione al sistema Giustinianeo.

(2) Vedi sopra n. 7.

(3) Pressochè conforme Baudry-Lacantinerie et Tissier, O. C., n. 25.

include per conseguenza l'elemento negativo, perchè suppone l'inerzia prolungata di colui, in cui danno si compie la usucapione.

Essa ha per iscopo il conseguimento o della proprietà o di un altro diritto reale, che sia capace di essere posseduto.

Essa infine è un titolo di acquisto originario, che non trova i suoi termini abili, ogni qualvolta l'acquisto della cosa o del diritto si è già effettuato per un altro modo originario o derivativo. La usucapione nel suo contenuto materiale suppone un possesso scompagnato da qualsiasi causa *acquirendi*, oppure appoggiato ad un titolo non proveniente *a domino*, non abile quindi a trasferire il diritto. Quando invece il titolo ha per autore il legittimo *dominus* della cosa o del diritto, a cui si riferisce, o quando il fatto del possesso basta di per sè solo a far acquistare il dominio, come avviene nell'occupazione delle cose senza padrone, *res nullius*, e nel possesso di buona fede delle cose mobili, allora la proprietà piena ed irrevocabile è passata senz'altro nell'acquirente, e rifiuta ogni intervento di un altro titolo di acquisto. Non sarebbe di fatto assurdo che fossi obbligato a possedere per 30 anni la cosa, che è già mia, per diventarne proprietario? *Nec usucapi debet, sed statim emptoris fit,* come disse Paolo nel Fr. 4, § 19, D. *de usurpationibus*. Ciò che è già nostro, non ha più nè bisogno, nè possibilità di essere da noi acquistato, eccetto che esca dal nostro potere. È questo un assioma che basta enunciare: *neque enim,* disse il giureconsulto, Fr. 14, § 2, D. *de e. r. j.*, 44, 2 (1), *amplius quam semel res mea esse potest.* Se invece si riguarda l'usucapione quale un mezzo processuale diretto ad agevolare la prova del diritto nel giudizio rivendicatorio o confessorio, allora può essere proposta dallo stesso legittimo proprietario, il cui diritto si appoggia a titoli che avevano l'abilità di trasferirgli il dominio, allo scopo di sottrarsi all'onere della prova tanto rigorosa e difficile della esistenza del diritto, che i pratici le diedero il nome così espressivo di *probatio diabolica* (2). Ma

---

(1) Questo assioma giuridico è consacrato da una grande quantità di testi di cui riportiamo i principali: " dominium non potest nisi ex una causa contingere, Fr., 3, § 4, D. *de poss.*, 41, 2. — Quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest, § 10, I, *de legatis*, 2, 20. — Nec res, quae jam actoris est, magis ejus fieri potest, § 14, *verb. nec. res,* I, *de actionibus*, 4, 6. — Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse, Fr. 159, D. *de R. J.*, 50, 17 ".

(2) La difficoltà grandissima della prova della proprietà aveva indotto alcuni interpreti a dispensarne il rivendicante. Avevano pensato di trovare un fondamento alla loro opinione nelle L. L. 4 e 12, C. *de probationibus*. Il Maynz, 1, § 118, giustamente censura tale opinione, perchè le suddette leggi trattano del modo e non dell'onere della prova. L'onere della prova fu alleviato dall'usucapione e dall'accessione dei possessi anche in pro del successore particolare.

notisi bene che il proprietario, il quale propone in giudizio l'usucapione, non dice di avere acquistato colla medesima il diritto contestato, ma intende semplicemente di ricorrere ad un mezzo facile e sicuro, che lo liberi dall'onere della prova. Egli dice: Ecco qua i miei titoli: se non bastano a dimostrare il mio buon diritto, chiedo di essere ammesso a dar la prova di un possesso atto a prescrivere. Sarebbe assurdo ed iniquo che il semplice possessore nei rapporti della prova si fosse trovato in una posizione privilegiata di fronte al proprietario, che produce il titolo d'acquisto, e solo chiede di essere esonerato dalla prova della proprietà, offrendo quella più comoda del possesso. Negare tale facoltà al proprietario equivarrebbe nel maggior numero dei casi ad interdirgli del tutto i mezzi di giustificare il suo diritto. È quindi equo ammettere che l'allegazione di una *justa causa* di acquisto, non valga a privarlo della facoltà di provare il possesso. Ma ciò non esclude che l'usucapione, come titolo di acquisto ed istituto giuridico a sè stante, non può concorrere con un altro mezzo di acquisto (1).

SEZIONE II.

Diritti a cui la usucapione si applica.

Sommario: 26. *Coll'usucapione si acquista la proprietà. - Si acquista anche il condominio.* - Quid *della nuda proprietà.* — 27. *Il diritto di tenere alberi sopra il suolo altrui o di avere un sotterraneo sotto il suolo altrui non costituisce una proprietà autonoma distinta da quella del suolo, ma un* jus in re aliena. — 27^bis *Cotale diritto si può acquistare mediante usucapione.* — 28. Quid *delle cose mobili.* — 29. *Coll'usucapione possonsi acquistare l'usufrutto e l'uso. - Critica di una sentenza della C. A. Torino (in nota).* — 30. Quid *delle servitù. - Criterio fondamentale del sistema seguito dal Codice civile. - Critica della teoria del precario presunto.* — 30^bis. *Critica delle opinioni del Romagnosi, del Pacifici-Mazzoni, del Pescatore, del Coviello e di altri autori intorno agli art. 629, 630, 631, Cod. civ.* — 30^ter. *Significato e valore del cap. dell'artic. 637, Cod. civ.* — 30^quater. *Risultati della mia teoria circa l'interpretazione degli art. 629, 630, 631, 637, Cod. civ. - Risposta alle obbiezioni.* — 31. *Possonsi coll'usucapione acquistare l'enfiteusi, il dominio diretto e la superficie. - Disamina della questione intorno ai veri caratteri dei diritti del direttario e dell'enfiteuta (in nota).* — 32. *Non possonsi acquistare i diritti di pegno e di ipoteca.* — 33. *Non i diritti di obbli-*

---

(1) Vedi Bianchi, Op. cit., IX, parte 1ª, pag. 648-649; Richeri, *Un. Iurisp.*, lib. II, tit. V, cap. III, sect. II, n. 100. Di questo importante principio avremo l'occasione di fare applicazioni quando tratteremo dell'usucapione decennale.

gazione e neppure il diritto di esigere annualità. - Critica delle contrarie opinioni. — 34. È estintiva la prescrizione con cui il fondo viene liberato dall'obbligo della distanza legale nelle piantagioni. — 34 bis. Il protendimento dei rami sulla proprietà altrui dà vita ad una servitù continua ed apparente, acquisibile mediante usucapione. — 34 ter. È estintiva la prescrizione con cui il possessore libera il fondo dall'ipoteca.

26. — Una delle differenze caratteristiche tra usucapione e prescrizione liberatoria è questa: che la prima può avere per oggetto solo alcuni diritti, la seconda invece si applica a tutti i diritti ed a tutte le azioni indistintamente. Bisogna adunque ricercare quali sono i diritti, al cui acquisto serve la usucapione. L'art. 710 Cod. civile stabilisce che sono acquisibili in tal modo la proprietà e gli altri diritti sulle cose. La dizione dell'art. 710 è troppo ampia. Hannovi diritti sulle cose, ad esempio il pegno e l'ipoteca, che non si acquistano colla prescrizione. Il criterio, acconcio a restringere il disposto suddetto entro i suoi limiti giuridici, ci è pôrto dalla definizione da noi data, secondo il quale sono acquisibili per usucapione quei diritti sulle cose, che sono suscettivi di un esercizio continuato senza esaurimento. Invero il possesso e il quasi-possesso nella teorica moderna consistono appunto nella possibilità di esercitare a gradimento un diritto, senza che l'atto lo consumi.

Fra diritti siffatti troviamo primo ed eminente il dominio; primo in ordine cronologico non solo, ma eziandio perchè gli altri, capaci di quasi-possesso, sono sue emanazioni.

Non solo la proprietà, ma eziandio la comproprietà *pro indiviso* è acquisibile per usucapione. Ciò è una conseguenza dell'essersi ammessa la *compossessio plurium pro indiviso*. La questione si presentò davanti alla C. C. Napoli e fu risolta nel senso qua propugnato. La specie era questa: nella espropria di un palazzo signorile Tizio si rese aggiudicatario dell'appartamento nobile; Cajo, di un quartino, al quale si accedeva per la scaletta. Su questa si apriva anche un uscio immettente nel giardino annesso all'appartamento grande. Sôrta controversia, il Giudice del Merito ammise la prova che Tizio aveva esercitato il passaggio sulla scaletta a titolo di condominio. Ricorso di Cajo in Cassazione, e rigetto perchè, come osservava la Corte Napoletana, " il condominio può senza dubbio acquistarsi per usucapione, quando con tal mezzo può acquistarsi anche il dominio per le antiche e vigenti leggi. Fr. 3, *de usurpationibus*, articoli 710, 2105, 2135, Cod. civ. " (1).

In astratto parrebbe potersi coll'usucapione acquistare la nuda proprietà, ma praticamente un tale acquisto va incontro a difficoltà

(1) 18 febbraio 1886. De Simone-Masucci, *Legge*, 1886, 1, 269.

pressochè insuperabili. Invero come immaginare un possesso della nuda proprietà, quando questa è appunto spoglia della potestà di tenere e godere la cosa? Si potrebbe forse raffigurare nella continuata esazione del canone corrisposto dall'usufruttuario; ma tale ipotesi deve respingersi perchè la serie delle esazioni ha valore piuttosto in rapporto all'acquisto del pieno dominio, e come esercizio di questo. Di fatti l'usufruttuario, com'è risaputo, è un semplice detentore a nome del proprietario, e la detenzione, che egli ha della cosa, è un'attuazione del possesso giuridico a questo competente, ed atto ad usucapire il fondo (1).

L'art. 415 del Cod. civ. annovera fra gli immobili anche le azioni tendenti a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi. Nessun dubbio che cotali diritti non sono usucapibili perchè non possono essere posseduti.

27. — Ci si presenta la questione se sia possibile di acquistare per prescrizione la proprietà del sotto suolo o dello spazio soprastante al suolo, e in ispecie degli alberi, indipendentemente da quella del suolo.

La dottrina più recente è propensa a ritenere che tanto il sotto quanto il sopra suolo possano costituire proprietà autonome, spinta com'è su questa china dai cresciuti bisogni economici, che si trovano a disagio nella stretta cerchia dei rigidi principî regolanti la proprietà immobiliare e dalle disposizioni della legislazione speciale delle cave e miniere.

Tuttavia io penso che gli antichi principî non siano stati mutati dalla legge imperante e che debbano ancora osservarsi.

In diritto romano era stabilito nel modo più positivo che al fondo appartiene lo spazio che si trova sotto e sopra di esso (2),

---

(1) Questo è un punto di dottrina certo non solo nella teorica moderna e nel sistema legislativo vigente (art. 2115) ma anche nella Romana Giurisprudenza. " Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet, Fr. 12, D. *de poss.*, 41, 2 „. E. CUJACIUS scrisse, 18, *obs.* 24. " Fructuarius possidet naturaliter propter usumfructum, non dominii sed ususfructus jure, et jus utendi fruendi potius quam fundum L. 10, § ult. D. *de a. r. d.*, 41, 1. L. 1, § 8, D. *quod legatorum, et quasi possidet igitur, potius quam possidet*. L. 23, § 2, D. *ex quib. caus. majores*. L. 3, § pen., D. *de vi*. *Fundum autem fructuarius possidet alii, non sibi, jus fruendi sibi* „.

(2) Fr. 13, § 1, D. *comm. praed.*, 8, 4; Fr. 24, § 12; Fr. 26, D. *de dam. infect.*, 39, 2; Fr. 1, § 11, D. *de aq. et aq. plur. arc.*, 39, 3; Fr. 1, *pr.;* Fr. 9, 14, 15, D. *de S. P. U.*, 8, 2; Fr. 8, § 5; Fr. 14, § 1, D. *si serv.*, 8, 5; Fr. 22, § 4; Fr. 24, § 2, D. *quod vi*, 43, 24; Fr. 7, § 13, 14; Fr. 8, D. *sol. mat.*, 24, 3. WINDSCHEID, *Pand.*, § 139, nota 3 " al fondo appartiene anche lo spazio che si trova sotto e sopra di esso „; e § 168: " Il diritto di proprietà sui fondi si estende allo spazio che si trova sopra e sotto il fondo, come pure ai fossili, che si tro-

sicchè della proprietà immobiliare, avuto, ben inteso, riguardo a quei limiti che natura pone ad ogni umano potere, ben si poteva ripetere il virgiliano:

Quantum vertice ad auras
Aethereas, tantum radice in Tartara tendit.
Aeneidos, lib. 4, V. 145 et seq.

Questa concezione della proprietà immobiliare ha il suo fondamento nella unità e indivisibilità delle varie parti in cui sia economicamente, sia giuridicamente il fondo potrebbe frazionarsi. In altre parole il fondo è un tutto organico, di cui il suolo e gli spazî ad esso sottostante e soprastante formano parti integranti. Legittimo corollario di questo concetto si è che tutto ciò che si unisce in modo stabile e permanente al suolo resta investito dalla proprietà di questo, poichè viene a cadere entro l'orbita della sua attività. Questo corollario ha trovato la sua espressione nel noto broccardo: *Omne quod inaedificatur vel implantatur solo cedit* (1). Si considerano pertanto far parte del suolo: tutte le cose che vi si trovano naturalmente, senza il fatto dell' uomo (minerali, metalli, carboni, pietre), e tutto ciò che ad esso si unisce stabilmente o in una maniera organica (alberi e piante), o in modo artificiale (costruzioni). Persino pei frutti pendenti hannovi testi che in modo positivo li dichiarano parte del fondo (2).

---

vano sotto la superficie „. Idem, Maynz, 1, § 25, nota 16 e 27, nota 1. È controverso se la estensione della proprietà in altezza e profondità trovi un limite nel bisogno pratico del fondo. Per l'affermativa propendono gli autori citati dal Windscheid, § 168, nota 2 e Arndts-Serafini, I, § 130, ove trovo scritto: " Nella proprietà dei fondi questo potere si estende anche a ciò che è sotterra ed allo spazio sovrastante, fin dove è possibile per natura far valere su queste due parti la signoria esclusiva di un solo e sempre che vi abbia un'utilità pratica qualsiasi pel godimento del fondo „. Il Windscheid, l. c., non ammette la limitazione se non sotto il punto di vista del divieto della vessazione. A me la opinione del Windscheid pare la più giusta. Essa è stata accettata nel Codice civile germanico, § 905 (trad. Eusebio): Il diritto del proprietario di un fondo si estende allo spazio sovrastante alla superficie e al suolo sotto la superficie. Il proprietario però non può vietare azioni, che vengano esercitate a tale altezza o profondità che egli non abbia alcun interesse ad escluderle.

(1) §§ 29, 31, 32, I, *de rer. div.*, 2, 1; Fr. 7, § 10, 13, D. *de adq. rer. dom.*, 41, 1. La estensione della proprietà del suolo è nitidamente scolpita nel Fr. 2, D. *de superf.*, 43, 18: " Superficiarias aedes eas appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum; e nella L. 2. C. *de R. V.*, 3, 32: Id quod in solo tuo inaedificatum est, quoad in eadem causa manet, jure ad te pertinet „. Vedi Mühlenbruch, *Pand.*, § 225, n. 2, 256; Maynz, *Droit Romain*, I, § 27; Arndts-Serafini, § 152; Windscheid, *Pand.*, § 188.

(2) Fr. 44, D. *de R. V.*, 6, 1; Fr. 61, § 8, D. *de furtis*, 47, 2.

La unità ed indivisibilità della proprietà immobiliare escludeva in Diritto Romano il concetto di una proprietà del sopra o del sotto suolo distinta da quella del suolo. Ai bisogni pratici la legislazione romana sopperì coll'attribuire carattere di realità ad un diritto che nella sua origine era semplicemente personale, in modo da creare un'equiparazione tra la stabilità dell'opera incorporata al suolo e la perpetuità del diritto autonomo avente per suo oggetto quell'opera. Si formò così con un'evoluzione abbastanza lenta il diritto reale di superficie, che si fonda, come dice il Windscheid (1), sul concetto che ad alcuno appartenga un edifizio od altro annesso, che si trovi sopra o sotto un fondo, senza il suolo (2).

Queste disposizioni positive della Legislazione Romana sono in perfetta consonanza con tutto il sistema giuridico ed economico della materia. Come il suolo costituisce la cosa immobile per eccellenza, a cui debbono di necessità congiungersi, come a loro capo e fondamento, tutte le opere ed altri annessi, sia sopra, sia sottostanti, così la proprietà del suolo deve a sè attrarre per sua forza organica, senzachè vi sia luogo ad acquisto di un nuovo diritto, quella delle cose che ad esso s'incorporano. La conseguenza è semplicemente l'applicazione dei principî che determinano l'attività e la forza espansiva di ogni diritto in genere.

Il Codice civile italiano ha accettato in questa parte il sistema stabilito dal Diritto Romano.

L'art. 440 ha fissato una regola certa e precisa disponendo che chi ha la proprietà del suolo ha pur quella dello spazio sovrastante e di tutto ciò che si trova sopra e sotto la superficie; e gli articoli 446 e 1966 ne traggono le logiche conseguenze stabilendo il primo che tutto ciò che s'incorpora e si unisce alla cosa appartiene al proprietario di essa, e il secondo che l'ipoteca si estende alle costruzioni dell'immobile ipotecato.

La *mens legis* è attestata dalle discussioni della Commissione di coordinamento. Si voleva da taluno che fra i modi, con cui si acquista la proprietà, fosse annoverata anche l'accessione, ma la proposta fu respinta, essendo stato osservato da altro commissario (Pisanelli) che ciò non era necessario perchè nel concetto filosofico l'accessione non è che uno sviluppamento del diritto di proprietà stesso, e da altri (Niutta) che era appunto criticato il Codice francese per averla noverata tra i modi di acquistare la proprietà (3).

L'opinione contraria, secondo la quale il suolo, lo spazio

---

(1) *Pand.*, § 223.

(2) Vedi Fr. 2, D. *de superf.*, 43, 18; L. 2, C. *de R. V.*, 8, 32.

(3) Verb. 28, n. 2.

soprastante e il sottosuolo sono capaci di proprietà distinte, coesistenti l'una a fianco dell'altra, ha cercato un appoggio nell'art. 448 Cod. civ., così concepito: " Qualsiasi costruzione, piantagione od opera sopra o disotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese ed appartenergli, finchè non consti del contrario, senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati dai terzi ". Questo articolo contiene due presunzioni: la prima che le piantagioni, costruzioni ed opere sopra e sotto il suolo siano state fatte dal proprietario a sue spese, la seconda che gli appartengano. La prima non può fornire alcun argomento a sostegno della pluralità dei dominii, poichè è diretta a regolare l'onere della prova nel caso di conflitto tra il proprietario e un possessore di buona o mala fede del fondo. Il fatto presunto dalla legge riesce estraneo alla questione, poichè il risultato della prova contraria da essa accordata potrà essere quello di accertare il diritto del costruttore al rimborso della spesa da lui sopportata nel limite dell'arricchimento del proprietario del fondo, non mai quello di attribuirgli la proprietà delle costruzioni. La seconda invece pare contraddittoria al concetto dell'unità della proprietà immobiliare. L'art. 448 con presumere che le opere sopra o disotto il suolo appartengano al proprietario del fondo, suppone di necessità che possano anche non appartenergli; rimette insomma all'esito della prova lo stabilire se vi sia un'unica proprietà o una pluralità di dominii. Vi ha dunque antinomia tra gli articoli 440 e 448 Cod. civ.

Per conciliare i due disposti io ritengo irrazionale il ricorso all'idea di proprietà distinte la quale, come ho già chiarito, è aliena dalle disposizioni fondamentali della materia e dalla *mens legis*. Che non sia stata accettata dal nostro legislatore neanche nell'art. 448, risulta dal confronto di esso coi corrispondenti del Cod. Nap. e Albert. che servirono di modello. L'articolo 553 del Cod. francese, identico nella prima parte al 448, così continua: " sans préjudice de la proprieté, qu'un tiers pourrait avoir acquise, ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute partie du batiment ". L'art. 460 Cod. Alb. è la riproduzione letterale dell'art. 553 francese. Fu bensì osservato che la mutata dizione importa semplicemente la sostituzione di una formola generale (1); ma questa osservazione non ha alcun valore solo che si consideri che la formola usata dal patrio legislatore sopprime la esplicita consacrazione della proprietà del sottosuolo distinta da quella del fondo, e si presta ad altre in-

(1) Bianchi, Op. cit., IX, parte 3ª, pag. 13 e segg.

terpretazioni più razionali e più armonizzanti col sistema stabilito negli articoli 440 e 446 Cod. civ.

Non penso neppure che sia necessario di ricercare il criterio di conciliazione nel supporre od un'incongrua riproduzione della prima parte dei corrispondenti disposti dei codici anteriori, od un'inesatta espressione legislativa. Supposizioni di tal fatta, sempre pericolose, spesso arbitrarie e ingiuste, non varrebbero a dare quella certezza, che bisogna cercare di raggiungere per via di ragionamenti fondati sul testo stesso della legge. Ora, a mio avviso, disaminando l'art. 448 Cod. civ. da un punto di vista, che è spesso trascurato, l'antinomia tra esso e l'art. 440 si dilegua. Di vero le ipotesi, che sorgono dall'artic. 448 sono due: 1ª il proprietario del suolo ha fatto le costruzioni, piantagioni od opere sotto o sopra il suolo con materiale altrui; 2ª le opere furono fatte da un terzo. Nella prima ipotesi la proprietà del suolo si estende immediatamente alle opere, perchè alla loro immobilizzazione è concorsa la volontà del proprietario; nella seconda solo quando tale volontà si afferma, tant'è che ove essa venga a mancare, la immobilizzazione non ha luogo (1). In questa seconda ipotesi può dunque verificarsi il caso di costruzioni, piantagioni od altre opere non appartenenti al proprietario del suolo (2), il qual caso serve a spiegare l'art. 448, senza bisogno di ricorrere all'idea di una proprietà superficiaria o sotterranea distinta da quella del suolo.

Questo modo d'interpretare l'art. 448 si rafforza per l'espressa dichiarazione, che debbono rimanere impregiudicati i diritti dai terzi legittimamente acquistati. Tale dichiarazione si può intendere in due sensi diversi, secondochè viene riferita alla presunzione legale o alla prova contraria. Nel primo senso non varrebbe se non ad esprimere una verità indubitata, e sarebbe superflua, non potendo venire in mente a chicchessia che la presunzione stabilita nella prima parte dell'art. 448 possa avere per effetto di nuocere ai diritti dei terzi. Vuolsi adunque riferirla agli effetti della prova contraria, i quali potranno bensì impedire l'estensione della proprietà del suolo alle accessioni create da un terzo nei rapporti fra questo e il proprietario del suolo, ma non potranno impedire che a quelle accessioni si estendano i diritti legittimamente acquistati da altri, che abbiano la stessa orbita che la proprietà del suolo, e che crescano a misura che questa aumenta. Così la ipoteca, sia pel suo contenuto organico, sia per le disposizioni positive che la disciplinano, si estende anche alle costruzioni ed alle altre acces-

(1) Vedi art. 450, comma 1°, Cod. civ.
(2) Vedi C. C. Roma, 17 luglio 1890, *Legge*, 1890, II, 471.

sioni dell'immobile ipotecato. La tutela dei diritti legittimamente acquistati dai terzi produrrebbe a vantaggio di questi un'immobilizzazione coatta, indipendente dalla volontà del proprietario del suolo, allo scopo d'impedire che costui possa rifiutare con loro pregiudizio il risultato dell'accessione.

La teorica che io professo, spiega l'art. 448 sia nel suo complesso sia in tutte le sue singole parti, e, mentre lascia che esso produca tutte le conseguenze di cui è capace, lo concilia coll'articolo 440.

Eliminata così l'antinomia tra i due articoli, resta fermo il principio fondamentale di tutta la materia, che è quello contenuto nell'articolo 440, siccome poco addietro è stato chiarito (1).

27[bis]. — I riflessi fin qui svolti impongono la risoluzione del proposto problema, se sia possibile di acquistare mediante usucapione la proprietà degli alberi e quella del sottosuolo. La dottrina francese è per l'affermativa (2), ed essa è suffragata, per quanto alla proprietà degli alberi, oltrechè dal dettato dell'art. 553 Cod. Nap., dal decreto 28 agosto 1792, che dispone ritenersi appartenenti ai comuni tutti gli alberi piantati nelle piazze delle città, dei borghi e villaggi senza pregiudizio dei diritti acquistati dai privati per titolo o prescrizione. La massima adottata dalla scuola francese in forza di leggi a noi straniere non può valere presso di noi. Presso di noi la proprietà è una ed indivisibile, si estende *et civili et naturali jure,* secondo le energica espressione del Fr. 2, D.

---

(1) Il Ricci, II, 61, per sorreggere la teorica della pluralità delle proprietà, adduce gli esempi di più piani di una casa spettanti a persone diverse, e dell'alienazione fatta dal proprietario del fondo di una galleria esistente nel suo sottosuolo e destinata all'estrazione di pietre o di altre materie. Questi esempi non iscuotono i risultati del mio ragionamento. Quello dell'alienazione di una galleria destinata all'estrazione de' minerali è una semplice petizione di principio, poichè resterebbe pur sempre a vedersi se con quell'alienazione siasi costituita una proprietà autonoma o un semplice diritto in *re aliena,* e l'altro del frazionamento di un fabbricato in più piani per sè stanti offre il caso di una *communio pro diviso* retta da norme particolari. Contrario è eziandio il Bianchi, IX, p. 1ª, pag. 280, in quanto nella superficie avente per oggetto le costruzioni, gli alberi e le piante aderenti alla parte superficiale d'un fondo, che pel resto appartenga ad un altro proprietario, vede un diritto di proprietà sovra una parte distinta del fondo stesso, non un diritto in *re aliena.* Debbo rilevare che questo modo di apprezzare la superficie mal si concilia con quanto poco dopo (ibid., pag. 281) dice lo stesso autore, che il proprietario del suolo riprenderebbe il libero dominio del fondo, se un giorno venissero a scomparire gli oggetti sulla superficie.

(2) Laurent, XXXII, 349; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 126 e autori e sentenze ivi citate. Idem., Ricci, II, n[i] 78 e 79.

de superf., 43, 18, a tutto ciò che s'incorpora alla cosa; e non tollera un *condominium in solidum* di più persone sullo stesso oggetto. La proprietà degli alberi distinta da quella del suolo e per sè stante non è quindi concepibile: *rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cujus fundo radices egisset* (1). Di conseguenza coll'usucapione non si potrà creare una proprietà siffatta, ma si potrà al contrario acquistare un diritto di superficie, che sia costituito dalla facoltà di tenere alberi proprii sul suolo altrui (2). Così è già stato giudicato: La questione versava sul possesso; nella zona di terra controversa messa a prato con alcuni alberi di pioppo l'uno dei contendenti aveva negli anni anteriori alla turbativa raccolto le sole erbe, mentre l'altro aveva percepito i frutti dei pioppi per le foglie e per la potagione. Si contendeva se indipendentemente dal suolo sottostante il preteso diritto sugli alberi fosse suscettivo di possesso e delle relative azioni. Ecco come rispondeva la C. C. Roma (3): " Ed infatti egli è vero che su fondo altrui il diritto di proprietà degli alberi per reciderli e goderne il prodotto, è, come diritto mobiliare, non suscettivo di possesso per manutenzione. Ma il diritto di avere in perpetuo impiantato degli alberi sul fondo altrui per percepirne i frutti e surrogarli al bisogno con alberi nuovi, implica di necessità un'affezione del fondo, uno smembramento di dominio, un vero diritto di superficie, che la concorde giurisprudenza europea dopo il risorgimento riconobbe (per argomento dalla L. 13, D. *de S. P. R.*, 8, 3) poter comprendere non solo le fabbriche, ma anche le piante ".

Nè dicasi che la proprietà degli alberi distinta da quella del suolo equivale a diritto di superficie, e che la sola differenza sta nelle parole. Ciò non è vero. La differenza è nei principii e nelle conseguenze. Pel Laurent, pel Lacantinerie, pel Ricci, la proprietà degli alberi costituisce una cosa per sè stante, non connessa con quella del suolo; per me invece l'una e l'altra formano una cosa sola: la proprietà del fondo, diminuita dal diritto spettante al superficiario, come sarebbe diminuita da qualunque diritto reale. Per quegli autori, se un evento qualsiasi estinguesse il diritto di tenere la piantagione sul suolo altrui, il proprietario degli alberi avrebbe pur sempre la facoltà di asportarli, come cosa sua, per me invece, consolidandosi col dominio il diritto del superficiario, gli alberi diventerebbero di proprietà esclusiva del *dominus* del fondo.

Cogli stessi criterii va risolta la questione se sia possibile usu-

(1) Fr. 7, § 13, D. *de adq. rer. dom.*, 41, 1.
(2) Vedi infra n. 31.
(3) 6 dicembre 1881, *Legge*, 1882, 1, 2.

capire la proprietà sotterranea indipendentemente da quella del suolo. In contrario si osserva (1) che il possessore del suolo possiede anche ciò che si trova al disotto; ma che può avvenire che sianvi due possessi distinti, e conseguentemente due distinte usucapioni. La questione, a parer mio, vuol essere considerata sotto i diversi aspetti, nei quali può presentarsi. E può dapprima accadere che taluno faccia opere o costruzioni sotto l'altrui suolo, e ve le tenga per tutto il tempo statuito. Se il suo possesso è fornito dei requisiti legali, acquisterà il diritto di tenervele. Ma ciò costituirà senza dubbio una servitù o un diritto d'uso e nulla più. Su questa ipotesi non ha quindi influenza alcuna la risoluzione del quesito discusso dal Laurent. Ma può accadere, ed è questa la vera ipotesi, che due persone comincino a possedere nello stesso tempo l'una il suolo e la superficie, l'altra la parte sotterranea; le usucapioni si compiranno nello stesso tempo. Secondo il Laurent avremo due proprietà distinte, ma ugualmente assolute. Io ritengo invece, che anche nell'immaginata ipotesi il principio sancito dall'art. 440, Cod. civ. deve prevalere. Chi usucapì il suolo ha *ipso jure* la proprietà di tutto il fondo e quindi anche della parte sotterranea; chi usucapì il sottosuolo, acquistò un diritto di uso circoscritto dal suo possesso, estinguibile in tutti i modi proprii dei diritti reali, ed in ispecie col non uso.

28. — La proprietà delle cose mobili è essa acquisibile mediante usucapione? Il dubbio proviene dall'art. 707 del Cod. civ., il quale dispone che quanto ai mobili il possesso di buona fede vale titolo. Laurent (XXXII, n. 8) nega recisamente che i mobili possano essere oggetto d'usucapione. *Les immeubles seuls*, dice egli, *s'acquièrent par la prescription, quant aux meubles le principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre tient lieu de prescription acquisitive.* Perchè la proposizione emessa dal Laurent fosse vera, bisognerebbe supporre o che ogni possesso, qualunque esso sia, di buona o mala fede, e per qualunque causa, equivalesse a titolo di proprietà; oppure che tolto il caso di applicazione del suddetto principio, in tutti gli altri le cose mobili fossero imprescrittibili. Ora tanto l'una quanto l'altra ipotesi sono lungi dal vero; la prima perchè il possesso, per valer titolo, deve essere di buona fede ed a titolo di proprietà; la seconda perchè l'incapacità di un oggetto ad acquistarsi mediante usucapione o proviene dalla sua natura, od è sancita da un espresso disposto di legge. Ora nè v'ha testo positivo che vieti di usucapire i mobili, nè alcuno potrebbe dire che la natura stessa

(1) Laurent, *Principes*, XXII, n. 348.

loro si opponga all'usucapione. Ben lungi da ciò la Legislazione Romana, quelle Statutarie medio-evali, sancivano l'usucapione delle cose mobili, e la Dottrina e la Pratica di molti e molti secoli la riconoscevano come un principio di ragione consono alle regole generali (1). Il nostro Codice ha espressamente statuito che il possesso dei mobili ha l'effetto del titolo solo pei terzi di buona fede.

Nel diritto italiano si è così trasfuso per quel che riguarda i possessori dei mobili il principio insegnato da Paolo nel Fr. 136, D. *de R. J.*, 50, 17: *Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est*, dove *veritas* secondo quanto insegna Voet, *ad Pand. de Publ. in rem act.*, n. 2, è posto per *vero dominio* in opposizione al semplice diritto di possedere (2).

S'aggiunga che non tutti i mobili sono compresi nel disposto dell'art. 707. Ne sono esclusi per disposto testuale la *universalità dei mobili*, e secondo lo spirito i materiali provenienti dalla demolizione di un edifizio, venduti prima che questo si atterrasse (Ricci, V, 139), i manoscritti, almeno per quanto ha tratto al diritto di pubblicazione (Ricci *ibidem* e Laurent), e le navi (Ricci *ibidem* e Laurent). Ora questi mobili come si usucapiranno, ed i possessori di mala fede in quanto tempo acquisteranno la proprietà? Tizio si appropria la cosa mobile presso di lui depositata, e la converte in suo uso, vendendola a Cajo che ne sa la provenienza. Cajo non può certamente prevalersi del beneficio dell'art. 707; non gli giova l'usucapione, che secondo il Laurent non cade su cose mobili; dunque dopo qualunque decorso di tempo il proprietario antico potrà rivendicarla. Questa è la conseguenza strana, se vuolsi, ma logica ed inevitabile della dottrina del Laurent. Salvo che per evitarla si andasse all'estremo opposto, e si pretendesse, che malgrado l'esclusione del possessore di mala fede dall'art. 707, tuttavia il proprietario, tolti i casi di furto proprio e di smarrimento, non può essere ammesso a rivendicare la sua cosa, lasciatagli a solo conforto nell'immaginata ipotesi un'azione personale ex deposito contro il depositario infedele.

---

(1) La usucapione delle cose mobili è espressamente sancita dal Codice civile germanico, il quale esige il concorso della buona fede coi rigorosi requisiti del Diritto canonico: § 937 chi tiene in possesso una cosa mobile per dieci anni come cosa propria ne acquista la proprietà. L'usucapione è esclusa se l'acquirente nell'acquisto del possesso come proprietario non è in buona fede o se egli viene a sapere in seguito che la proprietà non gli spetta (trad. Eusebio).

(2) " Et hoc ipsum est, quod in l. bona fides, 136, ff. *de Reg. juris* traditum fuit: bonam fidem, etc. *veritate*, ibidem pro *vero dominio* posita, ad oppositionem dominii ficti et juris possidendi ex bona fide justoque titulo profluentis ".

Nè mi si obbietti che anche nei casi di furto e smarrimento l'esercizio del diritto di ripetizione è limitato a due soli anni dal combinato disposto degli articoli 708 e 2146, del Cod. civ. Ciò non sta, perchè questi articoli formano sistema col 707, e concernono la medesima ipotesi del possessore di buona fede (1).

Ancora un rilievo. Nel diritto moderno è cessata la disposizione della Romana legislazione, per cui le *res furtivae* non erano usucapibili se non dopo il loro ritorno nelle mani del proprietario. Ora, dopo che sono cessate la violenza e la clandestinità, può cominciare l'usucapione. Di conseguenza anche il ladro, anche il grassatore può con un possesso, che abbia i requisiti di legge, usucapire la cosa, *a cui diede di piglio.*

La distinzione tra possessore di buona e di mala fede è ammessa anche dal Ricci (5, n. 138), il quale, pur trattando incidentalmente della nostra questione, spiega in poche parole abbastanza chiaro il suo pensiero (2), che il possessore di mala fede può usucapire in trent'anni. Duranton (n. 96), ammette che il possessore di mala fede non sia al coperto dall'azione del proprietario che dopo il decorso di trent'anni; ma in ciò vede un effetto della prescrizione liberatoria, che finisce per affrancare il possessore di mala fede dall'obbligazione su lui incombente, secondo l'articolo 1382, Cod. Francese (1151 del nostro), di restituire la cosa o di pagarne il valore. Ciò non sta. Ho già combattuto (sopra n. 18), questo modo di risolvere il quesito, e non ripeto le ragioni che allora ho detto. Aggiungo questa sola considerazione, che la teorica del Duranton fallisce in tutti i casi in cui il possessore di mala fede abbia acquistato il possesso senza incorrere *nè in un delitto, nè in*

---

(1) Vedi *Prescr. est.*, Cap. XI.

(2) Ecco le parole del Ricci (il quale nel passo che riferisco tenta la conciliazione degli art. 707 e 2117, Cod. civ.). " Se non ci inganniamo la conciliazione dei due articoli dobbiamo trovarla nella distinzione tra possessore di buona fede, e possessore di mala fede. Se il terzo ha acquistato in buona fede la cosa che altri riteneva precariamente, egli invoca la disposizione dell'art. 707, nè ha bisogno di ricorrere a prescrizione di sorta: ove poi l'abbia acquistata in mala fede, non può opporre l'eccezione concessa dal detto articolo all'azione rivendicatoria del proprietario. Onde è *il caso di vedere se egli possa cominciare a prescrivere* e l'art. 2117 risponde affermativamente al quesito; ben inteso, che, in mancanza di una prescrizione speciale, il possessore di mala fede, non può nell'ipotesi ricorrere *che alla prescrizione di trent'anni* ". Le parole del Ricci non mi pare lascino luogo a dubbi. Il quesito che egli si propone; se il possessore di mala fede avente causa da un detentore precario possa usucapire la cosa mobile e il ricorso all'art. 2117, Cod. civ. per ottenerne una risposta affermativa, dimostrano che egli divide la nostra idea.

un quasi-delitto, e quindi senza contrarre obbligazione di sorta verso l'antico proprietario (1).

Chiudo questa indagine col rispondere ad un' obbiezione che potrebbesi muovere alla mia teorica: Chi potrà dopo trent'anni riconoscere l'oggetto ed accertarne l' identità? E rispondo essere ciò vero in tutti i casi in cui si tratta di mobili comuni posti nell'ordinario commercio, nei quali si dovrà dire: *non jus deficit sed probatio*. In simili casi il proprietario, vista l'impossibilità od almeno la grandissima difficoltà della prova, si asterrà dal piatire. Ma non essere vero, ogni qual volta si tratti di un mobile di grande valore, di un pregio insigne d'arte. Un quadro di Raffaello, una statua di Michelangelo o di Canova, un bronzo lavorato dal Cellini ecc., sono riconoscibili dopo qualunque tempo. Ed i furti dolorosi, che pur troppo avvengono di spesso nei musei e nelle biblioteche, rendono facilmente avverabile la proposta ipotesi (2).

29. — L'art. 710, dice che i diritti sulle cose si possono acquistare per prescrizione. Invero l'idea del quasi-possesso ammessa *utilitatis causa* dalla Romana Sapienza per le servitù prediali, venne poi sempre più estendendosi, e finì anzi per essere compenetrata in quella del possesso tanto che nella moderna teorica formano *unum et idem*. Ma è rimasto il concetto fondamentale che possesso e possibilità di esercizio continuato o ripetuto del diritto senza esaurirlo sono due termini correlativi. Ora la scienza giuridica ci dice con certezza che soli i diritti reali (e neppur tutti) presentano un carattere siffatto.

È troppo noto che i diritti reali sono: servitù personali e prediali; enfiteusi; superficie; pegno; ipoteca.

Le servitù personali comprendono l'usufrutto, l'uso e l'abitazione. L'usufrutto si può esso acquistare mediante usucapione? Che il diritto sulla cosa spettante all'usufruttuario abbia l' ingenita

---

(1) Un esempio di acquisto di possesso in tali condizioni sarebbe il seguente: Tizio compera in buona fede una cosa dal depositario infedele, e la rivende poscia a Sempronio, che ne conosce la provenienza. Evidentemente quest'ultimo non contrae obbligazione alcuna verso il proprietario: dovrà quindi sottostare *alla rei vindicatio*, ma non avrà da rispondere *ad alcuna azione personale*. L'idea, dal Duranton appena sbozzata, di un' obbligazione personale del possessore di mala fede, che lo esclude dal beneficio *possession vaut titre* e dura trenta anni, fu poi ampiamente svolta ed applicata dal Laurent per sottrarsi alle difficoltà grandissime, che ad ogni passo gli offriva la sua teorica.

(2) E si è avverata in isplendido modo, quando all'epoca della restaurazione e per merito precipuo del Canova parte dei lavori d'arte venne restituita ai musei italiani spogliati da Napoleone. Vedi in proposito Tribunale Roma, 16 giugno 1888, *Legge*, 1888, II, 205. In senso conforme Mirabelli, Op. cit., n. 234.

potenza di affermarsi con una continuità di atti ripetibili a volontà del titolare, è una verità indiscutibile ed intuitiva perchè nell'usufrutto l'esercizio del diritto sulla cosa altrui include la detenzione della cosa. La Romana legislazione aveva esplicitamente riconosciuto che l'usufruttuario ha il quasi possesso dal diritto (1) e gli aveva accordata la protezione possessoria (2). Il Codice civile italiano, sulle orme di quelli che lo avevano preceduto, si è attenuto agli stessi principii, di modo che è da tutti ammesso che l'usufrutto è un diritto reale, capace di quasi possesso e protetto colle azioni possessorie (3). Teoricamente adunque nessun dubbio che l'usufrutto può costituire materia di usucapione. Il dubbio può provenire dalla equivocità degli atti in cui si esplica, che non ne distinguono l'esercizio da quello della proprietà piena oppure dal godimento di una semplice conduzione. Pure non è difficile immaginare dei casi, in cui altre circostanze vengano ad identificare colla dovuta univocità l'*animus possidendi* occorrente all'acquisto del diritto. Tali sono i seguenti: quando taluno non *dominus* e non usufruttuario abbia locato l'usufrutto della cosa ad altri; oppure quando taluno abbia acquistato l'usufrutto da chi non era proprietario. Quest'ultima ipotesi, la più facile e frequente a verificarsi, presenta anche una maggiore importanza in relazione all'acquisto della proprietà in favore di colui che cedette un diritto reale sulla cosa a lui non spettante.

Il Dalloz (*Usufruit.*, n. 93 e 94) conviene che l'usufrutto è acquisibile per usucapione, e poscia conchiude: l'usufrutto di un immobile si acquista negli stessi modi e termini, che la proprietà; se si tratta invece di cosa mobile, l'acquisto del medesimo a non *domino* in buona fede conferisce subito e senza bisogno di usucapione il diritto in virtù della massima sancita dall'art. 2279 del Cod. Nap.: *en fait de meubles possession vaut titre*. Non ho bisogno di ricercare quale valore abbia la seconda delle conclusioni del Dalloz di fronte al testo francese: certo è che essa è inaccoglibile in Diritto patrio. Invero l'art. 707 del nostro Cod. civ. (corrispondente al 2279 francese) concerne i soli mobili di loro natura contemplati dall'art. 417, e non si estende alle cose mobili per determinazione di legge annoverate dal successivo art. 418, fra i quali trova luogo l'usufrutto di una cosa mobile.

---

(1) Fr. 23, § 2, D. *ex quib. caus. maj*, 4, 6: .. *vel usufructus quasi possessionem.....*

(2) Fr. 12, § 2, Fr. 60, *pr.*, D. *de usuf.*, 7, 1; Fr. 27, *in fin. de donat.*, 39, 5; Fr. 3, § 13-17, Fr. 9, § 1, Fr. 10, D. *de vi*, 43, 16; Fr. 4, D. *uti poss.*, 43, 17; Fr. 2, *pr.*, § 3, D. *de precario*, 43, 26. Vedi Mühlenbruch, *Pand.*, § 297; Arndts-Serafini, § 192; Maynz, 1, § 138; Windscheid, § 164, n. 1.

(3) Vedi in proposito Scillamà, Op. cit., 1, pag. 568.

Le considerazioni ora svolte riguardo all'acquisto dell'usufrutto mediante usucapione convengono del tutto anche all'uso ed all'abitazione; questo solo notando che, se teoricamente considerati, tali diritti sono suscettivi di un tal modo di acquisto, praticamente la natura loro strettamente personale ne renderà oltremodo rara e difficile l'usucapione (1).

30. — Le servitù prediali destinate al miglior servizio di un fondo mediante un onere imposto su di un altro e perpetue nella loro causa primi fra i diritti reali apparvero capaci di acquisto coll'usucapione. Si è veduto che la prima estensione dell'idea del possesso ebbe per oggetto le servitù prediali, e che l'antico Diritto Romano le ritenne acquisibili per usucapione fino alla so-

---

(1) Il Ricci (vol. II, n. 263) ritiene acquisibile per usucapione il diritto di uso. In contraria sentenza andò la C. A. Torino negando che un diritto siffatto possa acquistarsi per prescrizione (6 giugno 1887, *G. T.*, 1887, 515). La Corte a sostegno della sua tesi dice che l'uso non importa il possesso del fondo, e manca quindi dell'elemento necessario a prescrivere. Se con ciò volle dire che all'infuori *del possesso vero e proprio*, che rappresenta il rapporto esterno e di fatto tra il proprietario e la cosa e si svolge nella materiale detenzione, non vi possa essere altro possesso atto ad usucapire, disse cosa evidentemente erronea. L'articolo 687 in modo generale equiparò la *quasi-possessio* al possesso materiale. E l'articolo 629, Codice civile, che dispone potersi acquistare le servitù prediali purchè continue ed apparenti colla prescrizione, dimostra che ben altro fu l'intendimento del legislatore. Che se poi volle dire che il diritto di uso non importa nè il possesso del fondo, nè altro possesso qualsiasi, disse cosa non vera. L'art. 521, Cod. civ. definisce l'uso pel diritto di raccogliere i frutti prodotti dal fondo limitatamente ai bisogni proprii e della propria famiglia; dunque l'atto continuato di raccogliere i frutti entro tali limiti, coll'animo di godere del diritto di uso costituisce la *quasi-possessio juris*. Sta bene che l'usuario non possiede il fondo; ma tale detenzione non gli è necessaria, dacchè non ne vuole usucapire la proprietà. A lui basta il quasi-possesso del diritto reale, al cui acquisto egli tende; il possesso del fondo a lui non occorre e non giova. La Corte di Torino dice ancora che il possesso dell'usuario è discontinuo, e quindi inabile ad usucapire. Intendiamoci bene: vi è una continuità materiale, ma indifferente al rapporto di diritto: e vi è una continuità giuridica consistente nell'esercizio del diritto, ogni qual volta si presenta l'occasione di esercitarlo, colla diligenza di uno zelante *dominus*. In questo senso havvi continuità, benchè il diritto non consenta per sua natura che un esercizio *materialmente* intermittente, ad intervalli anche lontanissimi. Così è continuo il quasi-possesso dell'uso, come è continuo il possesso di un bosco ceduo, benchè i tagli non si eseguiscano che alla distanza di parecchi anni l'un dall'altro. Quando il legislatore volle che la *discontinuità* materiale del possesso frapponesse ostacolo all'usucapione, dichiarò il suo intendimento come fece a proposito delle servitù prediali. Infine la Corte dice coi trattatisti francesi che l'uso " est une espèce de servitude, et de servitude discontinue ". Ciò sarà vero pei dottori francesi; ma non pel Codice patrio, che nettamente distingue l'uso dalle servitù prediali.

pravvegnenza della *Lex Scribonia*. La *longi temporis praescriptio* si applicò anche alle servitù, per espressa statuizione di legge (1). Gli interpreti della scuola italiana, e alla testa di essi Bartolo, distinsero le servitù in continue e discontinue, e restrinsero l'applicazione della prescrizione ordinaria alle prime; per le seconde esigendo la prova del tempo immemoriale. Tale distinzione benchè combattuta da altri Dottori (2) finì per trionfare. Fu accolta nel Codice Napoleone, nel quale si dispose, che si potessero acquistare colla prescrizione le sole servitù continue ed apparenti; le altre si acquistassero solo per titolo: passò nell'Albertino e venne poi accettata nel Codice patrio ma con alcune gravi limitazioni.

Secondo la opinione più seguita in un particolar modo di applicare all'esercizio delle servitù le regole del precario si dovrebbe ricercare la genesi delle disposizioni legislative che hanno accolto quella distinzione. Le sole servitù continue ed apparenti dotate di un apparato esterno, che costituisce il loro ininterrotto funzionamento, inducono uno stabile aggravio del fondo soggetto; nelle discontinue al contrario la libertà di questo è scemata in quei soli momenti in cui vengono esercitate, e le non apparenti infine non presentano alcun indizio dell'aggravio. L'esercizio delle prime in se compendia gli elementi del possesso legittimo; non quello delle seconde e delle terze, che altro non è che un godimento precario, un portato dei sentimenti di buon vicinato e di reciproca tolleranza (3).

Questo modo di valutare il pensiero legislativo, se contiene qualche parte di vero, si discosta tuttavia dalla realtà delle cose e dalle stesse disposizioni della legge.

Fra la servitù discontinua e la continua non apparente la realtà delle cose pone una grande differenza. L'esercizio della discontinua richiede l'atto dell'uomo, e la ripetizione degli atti riproduce nel fatto, sebbene il fatto sia improduttivo di effetti legali, il contenuto della servitù; ma l'esercizio di una servitù continua non apparente è inconcepibile nel semplice fatto dell'inazione del proprietario del fondo vicino. Ben si può dire che costui tollera per cortesia e buon vicinato il passaggio abusivo che altri esercita

(1) L. 12, C. *de praescr. l. t.*, in fine: " Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti ususfructus et caeterae servitutes ".

(2) Ad esempio Donellus (*De jure Civ.*, lib. XI, cap. XI, n. 6) lasciò scritto: " Haec sententia (quella di Bartolo), nostra aetate a doctis viris animadversa, ab omnibus prope uno ore improbata est ".

(3) Alla teorica del precario presunto aveva aderito nella 1ª edizione; ma più maturo esame mi costringe a ripudiarla.

sul suo fondo; ma nessuna tolleranza può vedersi nella sua astensione dall'esercitare le facoltà di fabbricare e di divertire le sue acque colaticcie, sebbene tale astensione arrechi *fuori dei confini della sua proprietà* un vantaggio ad altri. L'astensione dall'un lato, il vantaggio dall'altro non mettono in essere alcun rapporto di possesso.

La teorica del precario presunto non ha poi alcun appoggio nel patrio codice. L'art. 631 cap. Cod. civ. ammette la usucapibilità delle servitù negative *a die contradictionis*. Ora se la *contradictio* voluta da questo testo di legge altro non è che la interversione del possesso precario, come comunemente si afferma, riesce incomprensibile che la interversione giovi quando il fatto del possesso preesistente non vi è, e non giovi, quando vi è.

Altro adunque fu il concetto legislativo.

Il legislatore non obliò per certo che molto di tolleranza, di ossequio a consuetudini e a sentimenti invalsi vi ha nell' esercizio delle servitù discontinue, e dovette specialmente rivolgere la sua attenzione alla servitù di passaggio, la cui acquisibilità mediante possesso era venuta nel corso dei secoli man mano limitandosi. E poichè la immemoriale, tanto accarezzata dalla pratica medioevale, era stata inesorabilmente proscritta, era conveniente si dichiarasse la inettitudine di essa all'acquisto delle discontinue. Ma l'opportunità di un'apposita disposizione per le non apparenti esulava affatto, sia perchè di esse non è dato concepire un possesso prescrittivo, sinchè i due fondi rimangono nelle condizioni normali, sia perchè ad esse neanche il diritto comune aveva applicato la immemorabile.

Nell'opera legislativa è adunque vano e fallace sforzo quello di ricercare un principio rigido ed inflessibile, mentre non vi si deve vedere che un complesso di regole positive costituenti una specie di transazione tra il metodo adottato dal Codice Napoleonico e i postulati della tradizione giuridica italiana.

30 *bis*. — Con questo criterio fondamentale mi accingo a studiare le disposizioni del Codice patrio nella parte in cui governano l'acquisto delle servitù mediante prescrizione trentennaria (1).

Una prima regola assoluta e senza eccezioni è quella dell'art. 629, secondo cui le servitù continue ed apparenti si stabiliscono colla prescrizione di trent'anni.

Una seconda regola del pari assoluta è quella dell'art. 630, per quanto ha tratto alle servitù discontinue, apparenti o non, e con-

---

(1) Della usucapione decennale della servitù si parlerà a suo luogo.

tinue non apparenti (ma affermative). Queste servitù non sono acquisibili che mediante titolo, cioè mediante concessione fatta dal proprietario del fondo servente, senzachè possa giovare neppure il possesso *ab immemorabili*.

Ed un'ultima regola si contiene nell'art. 631. Questo articolo, apparentemente diretto a determinare il momento iniziale della usucapione, nel suo capoverso dichiara l'acquisibilità delle servitù negative mediante usucapione così disponendo: Nelle servitù negative il possesso comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero uso del medesimo.

Il concetto di questa disposizione è chiaro e preciso e per sè non presenta alcuna difficoltà.

Tuttavia a giureconsulti di non comune levatura è sembrato che immaginar non si possa un possesso delle servitù negative. Valga per tutti il Romagnosi: " ... un divieto consiste essenzialmente nel togliere non il fatto materiale del possesso di un fondo, ma bensì ad obbligare moralmente e legalmente ad astenersi da qualche atto che fare si potrebbe. Ora un atto che praticare si potrebbe da altri è forse cosa che possa soggiacere al fisico possesso? Non mai; dunque è più che manifesto che per le servitù di divieto non si può nè si potrà mai verificare a pro d'altri un diritto mediante un possesso esercitato, come si suole acquistare usando di una cosa materiale " (1).

Se questa dottrina fosse giusta ed esatta in tutta la sua estensione, il capoverso dell'art. 631, che ad essa contraddice, sarebbe errato nella sua ontologica sostanza. Ma essa non può accettarsi e non fu neppure dal Romagnosi professata in quei termini assoluti. Finchè i due fondi sono l'uno rispetto all'altro nella condizione di piena libertà, la volontaria astensione del proprietario di uno di essi dall'esercizio di questa o di quella facoltà non costituisce materia di possesso a beneficio dell'altro. Fin qui nessun dissidio è possibile. Ma riconosce lo stesso Romagnosi che quella astensione può anche essere l'effetto o di una convenzione o di una espressa acquiescenza all'altrui proibizione del pari espressa. In queste ipotesi si avrà il diritto al conseguimento dell'astensione, col relativo possesso consistente nello stato di fatto ad esso conforme. Il proprietario del fondo dominante lo possederà col prospetto, o colla servitù degli scoli (divieto al proprietario del fondo servente di fabbricare o di divertire le acque colaticcie); ed il possesso della servitù di divieto sarà in queste ipotesi tutelato dalle

(1) Condotta delle acque, parte 1ª, lib. II, cap. II, sez. 1, § 13.

azioni possessorie (1). Lo stesso fenomeno deve per identità di ragione aver luogo in ogni altra ipotesi, in cui sia anche altrimenti, ad es., mercè la *contradictio,* stabilito il *jus possessionis.* O negar sempre il possesso delle servitù di divieto, o ammetterlo in tutti i casi, in cui ne ricorrono i termini.

Se non che anche purgato il cap. dell'art. 631 dalla taccia di un errore sostanziale, rimane pur sempre la sconcordanza tra esso e l'art. 629, il quale parla dell'acquisibilità mediante usucapione delle sole servitù continue ed apparenti, e più ancora la sua discrepanza dall'art. 630, secondo il cui testo le servitù continue non apparenti non possono stabilirsi che mediante titolo.

Le teoriche che furono escogitate per appianare le difficoltà create da queste incoerenze sono parecchie (2).

Una prima dottrina, che ha per suo precipuo campione il Pacifici-Mazzoni, vede un'antinomia irriducibile fra gli articoli 629 e 630 e il 631 e afferma che quest'ultimo deve considerarsi come inesistente. In altre parole un'operazione chirurgica, che reseca dall'organismo legislativo un membro spurio ed ingombrante. Ma queste sono operazioni da eseguirsi soltanto in casi estremi, quando concorrano queste condizioni: che fra due disposizioni vi sia una incompatibilità assoluta ed insuperabile, e che per di più l'una sia in armonia col sistema legislativo e l'altra sia ad esso contraria. E nel caso in esame, come già si è detto e come meglio si dimostrerà in appresso, entrambe queste condizioni fanno difetto.

Un'altra serie di dottrine per trovare un'applicazione del capoverso dell'art. 631 ricorre all'art. 2137 Cod. civile. Tutte queste teoriche hanno un supposto comune: che cioè l'art. 2137, non portando alcuna limitazione, significhi che mercè l'usucapione decennale possono acquistarsi tutte indistintamente le servitù siano o non siano continue ed apparenti. Ma appena fuori di questo supposto, la più grande diversità regna fra di esse. Il Pescatore (3), che ne fu l'antesignano, pensò che l'articolo 630 Codice civile presuma bensì il possesso precario nelle servitù discontinue e non apparenti, ma che la presunzione non sia assoluta. Per le servitù negative, dice egli, vi ha la disposizione espressa dell'artic. 631, che sancisce la inversione del possesso; lo stesso principio deve a

(1) C. C. Torino, 21 dicembre 1870, 26 luglio 1878, *G. T.*, 1871, 100; 1878, 614.

(2) Delle varie opinioni darò pochi cenni sommarii. Chi desideri conoscerle in tutti i particolari consulti il diligente studio del Coviello, *Della usucapione delle servitù prediali*, nella *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, vol. X, fasc. II-III, pag. 204 e segg.

(3) *Filosofia e Dottrine Giuridiche,* II, pag. 392 e segg., *Giornale delle Leggi,* anno 1878, fasc. 6 e 10.

fortiori applicarsi alle affermative discontinue. Giova però notare che pel Pescatore la *contradictio* non istà nel semplice atto di opposizione ma in una controversia formalmente dibattuta con produzione di titoli.

Il Tartufari dopo un profuso ragionamento tutt'altro che perspicuo giunge a queste conclusioni. La *contradictio* è efficace per la servitù negativa: 1° che è conseguenza ed estensione di servitù affermativa prescrittibile; 2° che è acquistata a *non domino* con giusto titolo e buona fede; 3° che vien pretesa da sola e senza titolo nè buona fede. Le servitù discontinue e le affermative non apparenti sono usucapibili nel caso di acquisto a *non domino* (usucapione decennale) od in quello che siano accessorie ad una servitù continua non apparente che si acquista a *die contradictionis*.

Il Coviello (1) adotta un'interpretazione anche più restrittiva del cap. dell'articolo 631, il quale, a suo avviso, non avrebbe mai applicazione nella usucapione trentennaria. La sola decennale, come quella che è accompagnata dal titolo trascritto sui pubblici registri, elimina il presupposto della precarietà e gli inconvenienti, per cui il legislatore proscrisse quella di trent'anni. Egli pur approvando in complesso le idee del Tartufari, se ne discosta, in quanto che, stretto rigidamente al principio, non ammette la efficacia della *contradictio* per l'acquisto mediante usucapione trentennaria delle negative per sè stanti, e delle discontinue che siano conseguenza di negative acquistate collo stesso mezzo.

La dottrina del Coviello si può riassumere in queste proposizioni:

1° le sole servitù continue ed apparenti si acquistano colla usucapione trentennaria;

2° invece colla decennale si acquistano tutte le servitù;

3° il cap. dell'art. 631 ha la esclusiva funzione di stabilire il momento iniziale della usucapione decennale della servitù negativa;

4° la servitù negativa si acquista in trent'anni solo quando costituisce una maggiore estensione di servitù affermativa stabilita mediante titolo.

Un sistema suo speciale, per quanto aggirantesi nello stesso ordine di idee, ha il Mirabelli (2). Per lui: 1° chi acquista in buona fede con titolo trascritto proveniente dal proprietario del fondo servente una servitù, ne compie la prescrizione in dieci anni dalla data della trascrizione se la servitù è affermativa, dalla data della trascrizione e della *contradictio* se è negativa;

---

(1) L. C., pag. 242 e segg.
(2) Op. cit., n. 267 e segg.

2° mancando alcuni dei requisiti della decennale, le servitù continue ed apparenti si prescrivono in trent'anni;

3° le servitù non continue o non apparenti si stabiliscono soltanto mercè il titolo proveniente dal proprietario del fondo servente; ma se il concedente apparisca ma non sia il vero proprietario, e a sua volta il concessionario non abbia tutti i requisiti richiesti per la decennale, l'usucapione si compirà in trent'anni dal giorno, in cui si cominciò ad esercitare la servitù se è affermativa, e da quello della *contradictio* se è negativa.

I motivi essenziali, a cui si appoggiano le conclusioni del Mirabelli, sono questi. Il titolo giusta l'art. 630 Cod. civ. deve provenire dal proprietario del fondo servente; ma se chi concede la servitù sia tale solo in apparenza, supplisce l'art. 2137. La prescrizione trentennale delle servitù non continue e non apparenti ha luogo quando concorrano titolo a *non domino* e possesso; nè fanno ostacolo gli articoli 629 e 630, perchè, se essi escludono la efficacia del possesso isolato, non la escludono quando è unito al titolo.

Non mi diffonderò in una critica particolareggiata di questi disparati sistemi, li esaminerò soltanto nelle loro linee generali. L'errore principale, che inquina tutte queste artificiose costruzioni, sta nel supposto che hanno per base.

L'articolo 2137 Codice civile, come sarà a suo tempo dimostrato, sancisce una vera e propria prescrizione acquisitiva. La trentennaria è il genere, la decennale è la specie; questa non può quindi avere per suoi oggetti cose e diritti, che non lo siano anche dall'altra. Anzi la decennale, avendo bisogno di certi particolari requisiti che non occorrono per la trentennaria, ha un ambito più ristretto. Così mentre la trentennaria può pel letterale disposto dell'articolo 631 avere per suo oggetto una servitù negativa, lo stesso non può ammettersi per la decennale, in quanto che il titolo a *non domino*, sia pure trascritto e accompagnato dalla buona fede, non tiene luogo della *contradictio*. Quegli stessi scrittori, che affermano la correlazione tra l'art. 631 e il 2137, oltre ai requisiti tutti di quest'ultimo articolo esigono anche la *contradictio*. Ma è troppo manifesta la stranezza di questa decennale di nuovo conio, la quale non comincerebbe che a grande, forse enorme distanza dall'acquisto con titolo, trascrizione e buona fede. Ma allora a che tutti questi requisiti, se tutti uniti non producono alcun bebeneficio sino al momento in cui sopraggiunge l'atto di opposizione? E perchè per converso quest'atto deve avere un utile risultato, quando è preceduto dal titolo e dalla buona fede, e non deve averlo, quando procede da solo?

Ma in questa simultanea richiesta di elementi disparati, se non è gran fatto rispettata la logica, si ha tuttavia la prova, che la verità si fa strada. Il solo elemento operativo dell'usucapione è l'atto d'opposizione all'esercizio della facoltà spettante all'avversario. È dessa che ha la virtù di dar vita al possesso legittimo, che si estrinseca in atti energici avversativi all'altrui proprietà o si afferma come atto di volontà e di signoria sull'altrui cosa. Il possesso, giova averlo sempre presente, è esercizio di quel potere fisico, che costituirebbe il diritto, unito alla volontà di esercitare cotale diritto. E questi elementi sorgono tutti per effetto dell'opposizione fatta dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo soggetto.

Del resto, poichè la decennale poggia al pari che quella trentennaria sul possesso legittimo, è la più evidente delle incoerenze ammettere la efficacia della *contradictio* in quella ed escluderla in questa.

Se non che, guardando più dappresso le disposizioni del Codice, nessuna traccia della mal immaginata relazione tra l'art. 2137 e il 631 in esse si scorge. Il primo di questi articoli stabilisce un sistema completo, che non ha punto bisogno di essere integrato con ricorrere all'art. 631, ciò che avrebbe l'effetto di aggiungere un altro requisito a quelli voluti dall'art. 2137.

Al contrario, se non si chiudono di proposito gli occhi alla luce, è impossibile non vedere che l'art. 631 è il complemento dei precedenti articoli e massimamente dell'art. 629, poichè questo riconosce la prescrizione trentennaria come mezzo di acquisto di certe categorie di servitù, e quello stabilisce il momento iniziale del possesso legittimo. Dunque l'art. 631 cap. si riferisce esclusivamente all'usucapione trentennaria. Gli art. 629, 630, 631, secondo la loro giacitura, giusta il loro significato e il loro logico concatenamento formano un sistema. Se il sistema non è perfetto, non è completamente armonico, tutto ciò potrà fornire materia di censura al metodo seguito dal legislatore.

Nel dettato legislativo un'imperfezione vi è; perchè l'articolo 631, che dovrebbe essere il complemento del 629, è di questo più ampio e perchè, ciò che è più grave, esso importa una restrizione all'articolo 630, il quale secondo il suo tenore letterale non sembra tollerare limitazione alcuna. L'imperfezione è derivata dall'avere amalgamato senza le opportune modificazioni disposti tolti di peso da diverse legislazioni che s'ispiravano a criterii differenti. L'errore è di metodo, non di sostanza, e può correggersi col lavoro d'interpretazione, senza o mutilare il testo, o creare sistemi arbitrarii.

30[ter]. — Il sistema della legge non è totalmente contenuto negli art. 629, 630, 631 Cod. civ.; una parte di esso è consegnata nell'art. 637, che crea un modo particolare di acquisto mediante usucapione per la servitù attiva degli scoli. Il fatto di ricevere gli scoli può assumere due configurazioni antitetiche: o di onere per la situazione dei luoghi inerente al fondo inferiore (servitù passiva); o di diritto pel fondo stesso quando abbia acquistato il diritto di avere gli scoli e d'impedire che siano divertiti (servitù attiva). Se la servitù attiva si esercita mediante opere permanenti e visibili dal proprietario del fondo dominante eseguite su quello servente, essa è continua ed apparente, e si può stabilire mediante usucapione trentennaria (art. 629 e 631, 1° comma Codice civile); se per contro è esercitata senza opere del genere predetto è negativa (continua non apparente (1)), e non dovrebbe acquistarsi mediante prescrizione se non a *die contradictionis* giusta il capoverso dell'art. 631. Se non che il capoverso dell'art. 637 Cod. civ. stabilisce un altro modo di acquisto, che ha luogo quando il proprietario del fondo dominante abbia cominciato o continuato a godere gli scoli non ostante un atto formale d'opposizione per parte del proprietario del fondo servente.

Tra l'art. 637 e l'art. 631 vi ha un punto di contatto in quanto che entrambi richiedono un atto formale di opposizione, ma anche una capitale differenza, perchè nell'ipotesi del secondo articolo la opposizione è eseguita dal proprietario del fondo dominante, e nell'ipotesi del primo è invece fatta da quello del fondo servente.

Coloro, che non ostante il disposto dell'art. 631 negano la usucapibilità delle servitù negative *a die contradictionis*, sostengono che l'ultimo inciso del cap. dell'art. 637 riguarda il caso in cui le opere siano state fatte nel fondo inferiore, od anche in quello superiore ma non dal proprietario del fondo dominante, esigono cioè il simultaneo concorso di queste opere e del divieto per parte del proprietario del fondo servente (2).

Il principale argomento per interpretare in cotal guisa il disposto

---

(1) La servitù è negativa, perchè consiste nel divieto di diversione degli scoli, cioè non *in patiendo*, ma *in non faciendo*. Confor. Romagnosi, *Condotta delle Acque*, parte 1ª, lib. II, cap. II, sez. 1ª, § 13. *Contra* Coviello, Op. cit., pag. 227, perchè la servitù non richiederebbe nessuna astensione da parte del proprietario del fondo superiore. Ma non deve egli astenersi dal divertire le acque colatizie?

(2) Mirabelli, Op. cit., n. 278; Coviello, Op. cit., pag. 228 e segg.; Gianzana, *Le Acque nel Diritto Civ. It.*, vol. I, n. 366.

dell'art. 637 è tratto dalle discussioni avvenute in seno alla commissione di coordinamento (1).

Ma è un argomento che non resiste al più leggiero esame.

In seno della Commissione il De Foresta aveva rilevato che colla disposizione contenuta nell'ultimo inciso dell'art. 637 si riconosceva che la servitù degli scoli poteva acquistarsi per mezzo della prescrizione anche nel caso in cui non esistesse verun'opera visibile e permanente, ciò che, a suo avviso, urtava col principio che le servitù non continue o non apparenti non si stabiliscono mediante prescrizione. Rispondeva il Cadorna, che da tutto il contesto del capoverso si raccoglieva che anche nell'ipotesi preveduta dal secondo inciso dovevano esistere opere visibili e permanenti fatte sia dal proprietario del fondo dominante sia da quello del fondo servente. Poco persuaso da questi schiarimenti il De Foresta insisteva nella proposta di soppressione del secondo inciso od anche di tutto il capoverso. Ma la sua proposta non venne approvata dalla Commissione. Restano adunque isolate le osservazioni sia del De Foresta sia del Cadorna, le quali non rappresentano l'intenzione della Commissione. Anzi dal fatto che questa volle conservare nella sua integrità il controverso disposto, sarebbe lecito di arguire che il suo proposito fu di ammettere l'acquisto della servitù anche senza alcuna opera visibile e permanente.

Del resto, checchè abbia pensato o l'uno o l'altro dei Commissarii, checchè abbia pensato anche tutta la Commissione, poco importa a fronte della perspicuità del testo di legge. Esso fa due ipotesi: la prima è quella della esistenza di opere visibili e permanenti eseguite dal proprietario del fondo inferiore su quello superiore. La seconda è quella del godimento delle acque colatizie contrariamente alla formale opposizione del proprietario del fondo servente.

Il concetto, che si sprigiona dall'ultimo inciso dell'art. 637, è identico nella sua intrinseca ragione a quello stabilito nell'art. 631, ed è quindi in assoluto contrasto colla supposizione di opere esistenti o sul fondo dominante o su quello servente. Ed è concetto pienamente razionale, poichè le opere valgono a rendere continua ed apparente la servitù, purchè concorrano queste due condizioni: 1ª che si trovino sul fondo servente: 2ª che siano state fatte dal proprietario del fondo dominante. Sono due condizioni letteralmente richieste dalla legge (art. 637, art. 541, Cod. civ.), ed effettivamente volute dalla *ratio juris*, perchè, se le opere sono fatte dal proprietario del fondo inferiore sul suo, dimostrano bensì la sua

(1) Verb. 27 (seduta 10 maggio 1865), n. 2.

volontà di trar profitto degli scoli, dopochè sono pervenute nel suo fondo, ma non di esercitare un diritto sulla cosa altrui, e, se sono fatte nel fondo superiore, ma dal proprietario di questo, non possono in alcun modo alterare la qualità del godimento che degli scoli ha il proprietario del fondo inferiore (1). È poi manifesto il circolo vizioso, in cui si aggira la opinione contraria, perchè o le opere, di cui si richiede la esistenza, valgono a convertire in istato giuridico lo stato di fatto ed allora non si comprende la necessità della formale opposizione dell'avversario, o non hanno siffatta virtù ed allora non si comprende la necessità della loro esistenza.

Questo concetto è poi consacrato dalla lettera della legge, poichè, oltre a non esservi nel secondo inciso del capoverso dello art. 637 cenno qualsiasi di opere o sull'un fondo o sull'altro, la necessità di esse è esclusa dalla contrapposizione delle due ipotesi, che si disciplinano in quel capoverso. Divieto per atto personale del proprietario del fondo superiore, godimento contraddittorio per parte di quello del fondo inferiore, ecco i requisiti antitetici voluti dalla legge nella seconda ipotesi; ogni altro non solo è superfluo, ma irrazionale (2).

30quater. Riassumo il mio ragionamento in queste proposizioni:

1ª Le servitù continue ed apparenti si acquistano per mezzo di usucapione trentennaria a partire dal giorno in cui se ne è cominciato l'esercizio (art. 629, 631, 541, 637, cap. Cod. civ.);

2ª Si usucapiscono in egual tempo le servitù negative a partire dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per impedirgliene il libero uso (art. 631 cap.);

3ª La servitù negativa degli scoli si acquista eziandio per prescrizione trentennaria a partire dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante ha cominciato o continuato a godere gli scoli non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo servente (art. 637 cap.);

4ª Tutte le altre servitù non si possono acquistare mediante usucapione.

I varii disposti di legge coordinati a questa guisa rendono naturalmente, senza sforzi, senza artifici, tutto il pensiero legislativo. È un semplice lavorio d'interpretazione che prendendo la legge quale è, senza costruzioni arbitrarie di nuovi sistemi, elimina la imperfezione estrinseca ond'essa è travagliata. Alla *contradictio* è

---

(1) Richeri, *Un. Jurisp.*, III, § 1119 e 1120.
(2) Confor. Bianchi, IX, parte 1ª, pag. 833; Ricci, II, 451.

lasciata la efficacia, che il legislatore ha inteso di attribuire ad essa in conformità della tradizione giuridica. È un'efficacia limitata ad una sola categoria di servitù, ciò che apparrà anche più chiaro, quando si pensi che vi possono essere servitù continue, non apparenti, e nello stesso tempo affermative (ad es. diritto di far defluire le proprie acque su di un fondo che non sarebbe tenuto a riceverle).

Contro questa interpretazione dagli oppositori sistematici della efficacia della *contradictio* si è allegata la mancanza di un obbligo qualsiasi nel proprietario del fondo servente di rispondere alla proibizione, di guisa che il suo silenzio non potrebbe riputarsi operativo (1), e si sono messi in evidenza gl'inconvenienti che, specialmente a pregiudizio dei terzi ignari della esistenza della servitù potrebbero derivare dall'ammettere la usucapibilità delle negative *a die contradictionis* (2). La prima di queste obbiezioni trova una prima risposta perentoria nel testo dell'art. 631, capoverso, il quale dal silenzio serbato dal proprietario del fondo servente di fronte all'atto formale di proibizione fa derivare il grave effetto dell'inizio del possesso e dell'usucapione; ne trova un'altra del pari perentoria nella diversità fra il formarsi di un'obbligazione a carico di chi tace e il sorgere di un possesso legittimo a favore di chi ha posto in essere la *contradictio*.

Gli inconvenienti, che la usucapibilità delle servitù negative mercè la *contradictio* può generare sia pel proprietario del fondo servente, che può aver trascurata la proibizione non conoscendone l'importanza, e più ancora pei suoi successori, che avendola ignorata lasciarono compiere l'usucapione, sia pei terzi, in nessuna guisa avvertiti dell' esistenza delle servitù, non sono immaginarii. Essi potranno consigliare in una futura revisione del Codice civile di disciplinare diversamente la materia dell'acquisto delle servitù per fatto dell'uomo, ma non costituiscono un motivo di non applicare la legge.

31. — L'enfiteusi è il diritto reale, in virtù del quale si usa e si gode in perpetuo od almeno per un lungo spazio di tempo del fondo altrui, coll'obbligo di migliorarlo e di pagare un annuo canone (art. 1556 Cod. civ.). Le stesse ragioni, per cui abbiamo veduto usucapibile l'usufrutto, convengono anche meglio all'enfiteusi, che ha un carattere di perpetuità e un più vasto complesso di poteri (3).

---

(1) Bolchini, *I diritti facoltativi e la prescrizione*, pag. 66.
(2) Bolchini, Op. cit., pag. 69; Mirabelli, Op. cit., n. 275.
(3) I poteri che ha l'enfiteuta sono tali e tanti, che gli interpreti del Di-

L'enfiteuta, se detiene il fondo a nome del proprietario, ha d'altra parte il quasi-possesso del diritto reale. Ciò è certissimo in principio. Il solo dubbio può sorgere dalla disposizione positiva del Codice, il quale parla dell'enfiteusi solo nella parte dove disciplina i contratti; donde potrebbesi desumere che il solo mezzo di costituzione d'enfiteusi sia il contratto. Ciò si spiega agevolmente, se si pensa che il contratto è il modo più frequente di costituzione dell'enfiteusi, e il più bisognoso di essere regolato. Ma il legislatore non

---

ritto comune ne fecero una specie di dominio chiamato *utile*. La terminologia: *dominium directum*, *dominium utile* trovò fortuna e rimase nel linguaggio legale (Vedi ad esempio, art. 663 C. P. C.; art. 29, 30, 32. *Disp. Trans.*), sebbene sia riprovata dai migliori Commentatori del Diritto Romano. Windscheid, *Pand.*, § 169 a, nota 9 dice: " Il *dominium utile* però effettivamente non è un diritto di proprietà, ma un diritto su cosa altrui, il cui contenuto (giuridico) di certo è stato determinato, traendolo dal concepimento (antigiuridico) che il *dominus utilis* sia proprietario. Quindi il diritto del c. d. *dominus utilis* va assai più oltre che non quello di qualunque altro titolare di diritti su cosa altrui; ma non può diventare diritto di proprietà senza che il c. d. *dominus directus* cessi di essere proprietario. Neppure qui il concetto della proprietà può estendersi oltre la sua propria portata ". Confor. stesso autore, § 218, nota 4. Maynz, *Droit Romain*, 1, § 146, è anche più reciso: " Cette terminologie, qui a exercé une influence funeste pendant des siècles, est aussi contraire aux principes généraux qu'aux dispositions positives du droit romain ". Idem. Mühlenbruch, *Doctrina, Pand.* § 247, nota 2, Arndts-Serafini, § 134 e § 195.

La controversia circa la vera natura dei rispettivi diritti del concedente e dell'enfiteuta si è rinfocolata per effetto delle disposizioni del Codice Civile Italiano, che hanno accresciuto i poteri dell'enfiteuta. Tre opinioni si disputano il campo: 1ª Il diritto dell'enfiteuta per quanto ampio è pur sempre un *jus in re aliena;* 2ª perfettamente contraria: la proprietà spetta all'enfiteuta; il diritto del concedente è un diritto all'esazione del canone, il quale dall'art. 415 C. C. viene qualificato immobiliare per la guarentigia reale della risoluzione del titolo di traslazione che ne assicura l'esercizio (così Cimbali, *Del possesso per acquistare i frutti*, n° 31; Annotazioni nell'*Annuario Critico di Giurisp. Prat.*, 1892, p. 1ª, pag. 260 e 284); 3ª intermedia: l'enfiteuta e il concedente hanno ciascuno una parte della proprietà del fondo (*dominium utile, dominium directum* — Vedi Ricci, VIII, n. 13: Perna, *L'enfiteusi nel Diritto antico e moderno*).

I limiti di questo lavoro non mi consentono di approfondire la questione; dirò soltanto sommariamente le ragioni, per cui ritengo che anche secondo la legislazione italiana la enfiteusi sia un diritto su cosa altrui e nulla più. È del tutto erronea l'idea fondamentale della seconda delle opinioni sovra enunziate. Se il diritto del concedente fosse un puro diritto all'esazione del canone, tale rimarrebbe non ostante il diverso carattere della guarentigia, ond'è assicurato il suo esercizio. La immaginata trasformazione della cosa principale in forza dell'indole della cosa accessoria è condannata dai principii, ed è assolutamente aliena dai concetti seguiti dal patrio legislatore, del che fa fede l'articolo 418 Codice civile.

Non può neppure ammettersi l'idea dei due dominii diretto ed utile svolgentisi a fianco l'uno dall'altro sulla medesima cosa, come quella che ripugna alla configurazione della proprietà accettata dal legislatore. Essa è ancora og-

volle certamente proscrivere gli altri mezzi di costituzione, riformando senza ragione plausibile tutte le norme sancite dal Gius comune. Se il silenzio potesse in questo caso equipararsi ad un divieto, bisognerebbe dire che l'enfiteusi non potrebbe costituirsi con un atto di ultima volontà. Ciò che è assurdo. Ed infine l'articolo 2137 Cod. civ., il quale dispone che col possesso decennale, accompagnato dal titolo e dalla buona fede, si acquistano i diritti reali immobiliari, abbraccia anche l'enfiteusi, non avendola espres-

---

gidì una potestà esclusiva ed assoluta, e respinge il *condominium in solidum* di più soggetti. Meno ancora che il concedente e l'enfiteuta possano ad un tempo disporre della cosa; essi dispongono dei diritti che loro spettano sulla cosa, il che è molto diverso. Poco importa che la somma dei vantaggi economici generati dal fondo spetti all'enfiteuta e non al proprietario concedente. Il fenomeno economico non può alterare quello giuridico; del resto lo stesso fenomeno si avvera anche in altri casi. Si avvera nell'usufrutto, con cui tanta affinità ha l'enfiteusi. Può verificarsi anche in tema di servitù. Pongasi che la strada o l'acquedotto occupi tutto il fondo servente; forsechè il proprietario di questo cesserà di essere proprietario? Se si suppone che l'enfiteuta abbia una specie di proprietà, rimarrebbero incomprensibili le seguenti disposizioni positive: il divieto della subenfiteusi (art. 1562 cap. ult. C. C.); la devoluzione del fondo al concedente nelle ipotesi stabilite nell'art. 1565 C. C. e la conseguente risoluzione dei diritti acquisiti dai terzi (art. 665 e 1996 C. C.). A rimuovere la contraddizione tra queste disposizioni e il concetto della proprietà dell'enfiteuta si dirà che questa è una proprietà *sui generis*, regolata in modo particolare? Facile rispondere che di proprietà non v'ha che una specie sola, e che la pretesa proprietà *sui generis* è un diritto reale su cosa altrui, soggetto, salvo le particolari prescrizioni positive, alle norme generali che governano *i jura in re aliena*, a quella massimamente della liberazione del dominio dalla limitazione prodotta dal diritto reale, non appena questo per una causa qualunque viene a cessare.

E per quanto ha tratto alla funzione sociale dell'istituto, per certo nè io, nè altri vorrà negare che gli istituti giuridici debbono da una buona e savia legislazione adattarsi ai bisogni economici e che la loro ragion d'essere viene meno, quando la loro forza di adattamento sia superata da quei bisogni. Dato lo squilibrio tra i bisogni e gli istituti, occorre sopprimere gli istituti vecchi e crearne altri nuovi, il cui germe si trova già fecondato nella coscienza giuridica popolare. Il patrio legislatore ha creduto che il diritto enfiteuticario rispondesse ancora alle esigenze della civiltà, nel cui seno dovevano imperare le sue disposizioni; se no, l'avrebbe soppresso. L'ha mantenuta colle sue caratteristiche; ma ad esso diede maggiore elasticità, aumentando i poteri dell'enfiteuta, che effettivamente è il possessore e il coltivatore del fondo. In tutto ciò vi è una corrispondenza perfetta tra la evoluzione legislativa e la corrente di idee sociali, politiche e filosofiche sotto la cui influenza essa si compiva. L'evoluzione si è fermata a questo punto; per oltrepassarlo bisognava o abolire del tutto la enfiteusi o modificare radicalmente il concetto della proprietà (In questo senso, De Pirro, *Della Enfiteusi;* Campogrande, *Note critiche sulla teoria del dominio diviso nella enfiteusi; Legge*, 1893, 1, 465; C. C. Torino, 19 dicembre 1891; *G. T.*, 1892, 71; C. A., Messina, 19 febbraio 1900; *Legge*, 1900, 1, 595).

samente esclusa. La dottrina e la giurisprudenza si sono pronunziate in questo senso (1). Al n. 12 si sono determinate le circostanze, dal concorso delle quali è reso univoco ed atto all'usucapione il quasi-possesso *juris*.

Solo resta di brevemente considerare la contraria ipotesi dell'acquisto del dominio diretto. Cotale acquisto può verificarsi tanto nel caso in cui taluno abbia acquistato a non *domino* un fondo gravato da enfiteusi, quanto nell'altro, in cui taluno abbia coll'animo chiaramente manifestato di acquistare il diritto, esatto il canone per tutto il tempo stabilito, oppure abbia ceduto ad altri l'enfiteusi sopra cosa non sua, riservandosene il dominio diretto, ed esercitandolo pel tempo stabilito. Il dominio diretto è il vero e proprio *dominio*, diminuito di quel complesso di poteri, che si accolgono nell'enfiteusi. Il Codice all'art. 415 considera come un diritto per sè stante quello del concedente sul fondo soggetto ad enfiteusi. Come è acquisibile per usucapione la proprietà piena, così non vi è ragione di negare l'acquisibilità del dominio diretto, che non ne è se non una forma. L'esazione del canone e la sorveglianza sull'adempimento degli obblighi incombenti all'enfiteuta costituiscono la forma di possesso corrispondente al diritto, il suo esercizio esterno, che, continuato pel tempo voluto, conduce all'acquisto del diritto (2).

I termini ed i modi con cui si acquista l'enfiteusi sono pur quelli della superficie, che è il diritto di tenere fabbriche o piantagioni sul suolo altrui. Quest'istituto, i cui primi rudimenti furono posti dal Diritto Romano, venne con speciale cura disciplinato e svolto dalla Pratica Medio-Evale. Il Codice Italiano non ne ha più fatto cenno, ma il silenzio non equivale a soppressione; e la Giurisprudenza lo riconosce come tuttora esistente (3).

32. — Il pegno e l'ipoteca non si acquistano mediante usucapione. Norme positive rigorose fissano il modo con cui si stabiliscono tali diritti. Alla costituzione del pegno è assolutamente necessaria la convenzione (art. 1818 Cod. civ.); anzi l'atto scritto, quando l'og-

---

(1) Ricci, vol. VIII, n. 21; C. C. Torino, 1° aprile 1871, Comune di Cagliari-Villahermosa, *G. T.*, IX, 354.

(2) Confor. C. C. Roma, 14 novembre 1891; *Legge*, 1892, 1, 361.

(3) C. C. Torino, 29 aprile 1886, *G. T.*, 1886, 519; C. C. Roma, 2 dicembre 1881, *Legge*, 1882, 1, 2; C. C. Napoli, 6 luglio 1889; *Legge*, 1890, 1, 668. Lo Scillamà, Op. cit., I, pag. 567 in nota, esprime un'opinione alquanto diversa: " Il diritto di superficie sebbene ancor oggi possa avere larga applicazione nella pratica giuridica, pure sotto questo nome speciale non trova più posto nel codice, e le regole che lo concernono, sono invece disciplinate sotto la sede della enfiteusi o della servitù o dell'accessione di cose immobili ".

getto eccede il valore di L. 500 (art. 1880 Cod. civ.). L'ipoteca poi, come è noto, per essere efficace contro i terzi deve essere resa pubblica mediante iscrizione nei pubblici registri; e non conferisce neppure la detenzione della cosa. Tanto il pegno, quanto l'ipoteca non sono che la garanzia, l'accessorio di un credito; e come questo non è acquisibile per usucapione, così neppur quelli, per la trita massima: *accessorium sequitur principale* (1).

33. — I diritti di obbligazione non ammettono l'usucapione quale titolo di acquisto. Essi, come è risaputo, derivano da un contratto, da un quasi-contratto, da un delitto o quasi-delitto; ossia hanno la loro radice in un accordo, o in un atto lecito od illecito dell'uomo, che sia produttivo di un *vinculum juris*. Ora è intuitivo che alla mancanza dell'accordo o del fatto umano non può supplire il semplice decorso del tempo, laonde rispetto alle obbligazioni si mostra rigorosamente vero il broccardo: *tempus non est modus constituendi juris*. Prescindendo dal modo con cui si costituiscono, altra e non meno perentoria ragione di escludere l'acquisto dei diritti di obbligazione mediante usucapione si desume dalla loro assoluta inettitudine ad un vero quasi-possesso. Il diritto reale è la potestà sulla cosa, diretta, senza intermediarî; quello personale è invece il diritto ad una cosa, da conseguirsi mediante la prestazione, che deve essere compiuta dal debitore. Il diritto reale attinge alla sua stessa natura di signoreggiamento completo o parziale di una cosa l'attitudine ad un esercizio continuato, risultante dalla serie degli atti, ripetuti anche ad ogni istante, che costituiscono appunto il possesso o quasi-possesso. Il diritto di obbligazione si consuma invece in un atto solo, che è il conseguimento del dovutoci da colui che è obbligato a prestarlo.

A prescindere da questa diversità tra i diritti reali capaci di possesso e i diritti di obbligazione, questi ultimi per la loro intrinseca natura non possono costituire materia di possesso. Essi invero, come giustamente osserva lo Scillamà (2), risolvonsi in fondo nell'esercizio della volontà o libertà nei rapporti con altri uomini, e perciò sfuggono dall'obbietto del possesso; la mancanza di possibilità di un potere fisico del subbietto rapporto alla cosa rende inapplicabile a cotesti diritti, per l'assenza del lato sensibile, il concetto di un possesso manutenibile e reintegrabile.

---

(1) C. A. Perugia, 7 novembre 1881, *Legge*, 1882, 1, 593. In senso pienamente conforme Scillamà, Op. cit., I, pag. 581 e segg., ove l'inapplicabilità del concetto possessorio ai diritti di pegno e d'ipoteca è ampiamente dimostrata.
(2) Op. cit., I, pag. 557.

L'inapplicabilità della usucapione all'acquisto dei diritti di obbligazioni è generalmente ammessa. Ma si vorrebbe introdurre una eccezione per quelli che consistono nel conseguimento di prestazioni periodiche, come sarebbero le rendite, i censi e simili. Si sono cioè equiparate le esazioni rinnovantisi alle medesime scadenze ad atti di possesso; e si è pensato che, ove cotali atti offrano i caratteri del possesso legittimo e siano continuati per tutto lo *statutum tempus*, conducano all'acquisto del diritto, alla stessa guisa che il possesso legittimo di una cosa corporale o di un diritto reale genera la usucapione. Questa estensione del concetto del possesso a rapporti giuridici, che pel loro contenuto organico non possono tollerarla, ignota assolutamente al Diritto Romano il quale nello svolgimento del concetto del possesso da un fatto materiale ad un fatto giuridico, dalla nozione di materiale detenzione, che pareva essere indicata dallo stesso nome (1), a quella di rappresentanza esterna del diritto l'aveva però sempre tenuto nei limiti segnati dalla sua natura primitiva, e l'aveva in modo positivo applicato ad alcuni fra i diritti reali, venne introdotta dal Diritto Canonico e fu accolta dagli interpreti medio-evali. Il Savigny (2) giustamente la disapprovò e volle richiamare l'istituto ai suoi principî logici e giuridici.

A questa esagerata estensione del concetto possessorio si appoggiano alcune decisioni, che ammettono l'acquisto di diritti di obbligazione mediante la continuata esazione delle annualità per tutto il tempo necessario al perfezionamento dell'usucapione. Così la C. C. Torino in una sua sentenza già antica (3) proclamava in forma di regola generale ed assoluta: che è canone di giurisprudenza potersi il diritto all'esazione di un'annualità acquistare col possesso continuato pel tempo richiesto dalla legge ad indurre la prescrizione, purchè tale possesso sia non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietà. Vuolsi tuttavia rilevare che, per quanto le espressioni di questa sentenza siano ampie, tuttavia l'applicazione della regola era fatta ad un'annualità dovuta per la concessione di certi beni demaniali ad uso pascolo, e che pertanto si versava in tema di esercizio di un diritto reale. La stessa osservazione ricorre per la sentenza 21 aprile 1886 della C. C. Roma (4), ove si vede applicata l'usucapione all'acquisto dei censi

(1) " Possessio appellata est (ut Labeo ait), a pedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; quam Graeci κατοχὴν dicunt. Fr. 1, pr. D. *de poss.*, 41, 2 ".

(2) *Possesso*, § 49.

(3) 9 maggio 1866, *G. T.*, 1866, 208. Vedi anche stessa C. C. Torino, 23 ottobre 1873; *Legge*, XIV, 1, 128.

(4) *Legge*, 1886, II, 73.

considerati rispetto al Cod. Feliciano e al Jus Comune come oneri reali gravanti i fondi. Queste decisioni non presentano quindi una deviazione dai principî, sebbene sia più che disputabile l'applicazione che in esse se ne vede fatta.

Ma la deviazione netta, recisa si trova in una recente sentenza della C. A. Torino (1), la quale in contrasto a tutta la dottrina afferma che anche una ragion di credito si può acquistare mediante usucapione. Ecco come ragiona quella Corte: " Secondo il Codice Italiano, come già a termini di quello Albertino, la prescrizione trentennaria..... è anche acquisitiva, e può avere per obbietto un'azione personale, e così verificarsi quando concorrono determinate condizioni che escludono la equivocità dei fatti da cui si desume. Ciò si rileva dal disposto degli art. 2105 e 2135 Cod. civ., 2354 e 2397 Cod. Albertino. Puossi quindi ritenere che nel concorso delle suddette condizioni anche una ragione di credito può acquistarsi col mezzo della prescrizione, e che questa è perciò nella specie applicabile, perchè allorquando il pagamento di un canone viene senza interruzione continuato per oltre a trent'anni, si ha non soltanto una presunzione di debito a carico di chi lo paga, ma si acquista da colui che lo riceve un titolo che gli dà diritto ad esigere anche per l'avvenire il canone stesso ". L'errore fondamentale di questa decisione consiste nella confusione della prescrizione acquisitiva e della estintiva, nell'averne fatto un istituto unico, indistintamente capace sia di creare sia di annientare qualsiasi diritto; nell'aver portato la teorica dell'unità di concetto alle sue estreme conseguenze, le quali raggiungono un grado di assurdità che non fu per certo immaginato dai suoi fautori. La prescrizione trentennaria è anche acquisitiva, ciò è fuor di dubbio, ma non può per ciò ammettersi che ogni prescrizione sia nello stesso tempo acquisitiva ed estintiva. Anche coloro, che affermano l'unità di concetto della prescrizione, ne riconoscono le due funzioni distinte (2). La distinzione è poi esplicitamente sancita nel nostro diritto positivo (3). L'art. 710 dice che la proprietà e gli altri diritti sulle cose si possono acquistare col mezzo della prescrizione; ma nulla di simile è sancito per le obbligazioni, a cui riguardo la prescrizione è bensì ricordata dall'art. 1236 Codice civile, ma fra i modi con cui si estinguono. Dunque secondo la imperante legislazione la prescrizione estingue, ma non crea i diritti di obbligazione.

(1) 23 gennaio 1899, *G. T.*, 1899, 546.
(2) Sopra n[i] 2 e 3.
(3) Sopra n. 23.

Un'altra tendenza si è manifestata sotto forma di dare agli atti continuati di esazione della prestazione la forza di una presunzione legale della esistenza del titolo. La genesi di questa presunzione fu ricercata in alcuni testi di diritto romano e massimamente in un frammento di Papiniano (1), che era stato frainteso. Una presunzione semplice, discendente, nel caso esaminato da Papiniano, dalle circostanze di fatto, era stata elevata ad una vera regola di diritto dai Pratici (2). Ma già Cujacio e Voet avevano condannato una simile dottrina, e dimostrato che ben altro aveva voluto Papiniano significare in quel testo, ove ammetteva una presunzione della preesistenza di un patto, in base al quale sarebbero state pagate le annualità precedenti e dovevano pagarsi quelle future (3).

La dottrina censurata da quei Giureconsulti si tentò di farla rivivere dinanzi ai nostri Tribunali ed alcune volte fu da essi seguita. La C. C. Roma, in sentenza 16 aprile 1885 (4), insegnava che il semplice fatto di aver riscosso le annualità non importa una vera prescrizione acquisitiva, ma sibbene quella in linea presuntiva " vale a dire la presunzione del giusto titolo che assiste colui che per un lungo tempo si trova nel quasi-possesso di esigere, e fa cadere sul debitore l'onere di provare l'inesistenza della obbligazione ". Ed il concetto della Suprema Corte, che si tratti di una vera presunzione legale, venne anche meglio ribadito nelle sentenze: 4 maggio 1886, 16 aprile 1887 e 21 luglio 1887 (5).

Questi modi di valutare gli effetti dell'esazione continuata di annualità e di canoni devono essere completamente disapprovati. Non è qui il luogo di studiare la questione rispetto alle disposizioni positive del Codice Feliciano o del Jus Pontificio; ma, considerandola nel suo aspetto generale, ritengo che le teoriche poste innanzi dalle decisioni mentovate per risolverla siano infette da

---

(1) Fr. 6, pr. D. *de usuris*, 22, 1. " Cum de in rem verso patris vel domini ageretur, et usurarum quaestio moveretur, imperator (Antoninus) ideo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset ".

(2) I pratici avevano dedotto dal riferito Fr. 6, *de usuris*, il broccardo: che il diuturno pagamento delle annualità fa presumere il titolo. Vedi Mascardo, *De probationibus*, Concl. 1371, n. 23, vol. II, pag. 287.

(3) Cujacius, *ad. d.*, Fr. 6, *de usuris* nel Comm. in Lib. 19, *quaestionum Papiniani*. Ed. di Prato, vol. V, Col. 780. Voet, *ad Pand.*, *de usuris*, 22, 1, n. 13. Di contraria opinione è il Pothier, *Pand. T. de usur.*, n. 27 in nota.

A sostegno della presunzione si suole invocare eziandio il Fr. 25, D. *de probat.*, 22, 3, il quale non ha alcuna relazione con essa, perchè mira a disciplinare l'onere della prova nella *condictio indebiti*.

(4) *Legge*, 1885, 2, 185.

(5) *Legge*, 1886, 2, 255; 1887, 2, 37; 1887, 2, 650.

gravi errori. Nel patrio Diritto le prestazioni di ogni genere, all'infuori di quelle che rappresentano l'esercizio del dominio (1), appartengono ai diritti di obbligazione; anche i censi sono semplici diritti personali guarentiti ipotecariamente sui fondi, inetti quindi ad acquistarsi mediante usucapione (2). Ma accettabile non è neppure l'altra massima della presunzione legale del titolo alla base del possesso, la quale, se nella sua essenza giuridica non è l'usucapione, praticamente giunge al medesimo risultato, con far rivivere la prescrizione congetturale del titolo nel patrio diritto, quantunque tutto il suo spirito sia contrario a queste esumazioni di concetti ormai antiquati. Certo il fatto di aver pagato per molti e molti anni dall'un lato, dall'altro di aver riscosso i canoni o le annualità, farà congetturare che il titolo esista. Ma, come osservò il Ricci (3), ciò costituisce una presunzione *hominis*, il cui apprezzamento è rimesso all'arbitrio del Giudice; ed a costituirla non si richiede neppure il *longum tempus*, l'esazione continuata per tutto il tempo necessario a prescrivere; perchè, ripeto, si tratta di una presunzione, di un argomento di prova intorno ad un fatto ignoto e non di prescrizione (4).

34. — Hannovi casi, in cui sorge il dubbio se il fenomeno giuridico sia conseguenza della prescrizione acquisitiva o di quella estintiva.

---

(1) Ad es., canoni enfiteutici o livellari, C. C. Firenze, 21 maggio 1888, *Legge*, 1888, 2, 33. La distinzione è di grande importanza, perchè l'esazione di questi canoni costituisce un vero ed effettivo possesso, capace di dar vita all'acquisto del diritto per prescrizione. Vedi sopra n° 31.

(2) La C. C. Roma, che in questa materia pare destinata ad accogliere le teorie più disparate, affermò l'impossibilità di acquistare colla usucapione il diritto di censo nelle sentenze, 19 gennaio 1888, *Legge*, 1888, I, 436, e 17 febbraio 1897, *Legge*, 1897, 1, 508. *Idem*, C. C. Torino, 8 agosto 1900, *G. T.*, 1900, 1105.

(3) *Giur. it.*, 1885, 1, 522 in nota alla sentenza 16 aprile 1885 della C. C. Roma.

(4) Duranton (T. XI, Ed. Bruxelles, n. 98 e 99), dopo avere ricordato che lo Statuto di Parigi all'art. 113 sanciva l'usucapione decennale con titolo e buona fede, e all'art. 118 la prescrizione trentennaria delle rendite, insegna che tali disposti devonsi considerare come cessati ed incompatibili coi principii di diritto moderno. " Pretendrait-on, en effet, dice egli, si un héritier, qui ignorait que son auteur a éteint une rente, en a fait le service pendant trente ans, que cet héritier est désormais obligé d'en continuer le service? non seulement, il n'y serait point tenu, mais de plus il pourrait répéter les payements d'arrérages, qu'il a fait mal à propos, et cela pendant trente ans, à compter de chaque payement. Nous n'avons point de prescription *acquisitive* de simples créances, ou droits personnels ". Idem. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 130.

Un primo caso si presenta nelle piantagioni fatte sul confine. La legge allo scopo di preservare ciascuna proprietà dai pregiudizi che ad essa potrebbe arrecare l'illimitato esercizio del proprio diritto per parte del proprietario del fondo contiguo e di fomentare i buoni rapporti fra i vicini, prescrisse alcune distanze per le piantagioni, che un proprietario intende di fare in prossimità dei suoi confini (1). Ma supposto che, violando il precetto legislativo, taluno abbia fatto piantagioni troppo vicine agli altrui fondi, e ve le abbia tenute per tutto il tempo occorrente, nessun dubbio che egli non possa essere più obbligato a levarle. Su questo punto tutti sono d'accordo. Se non che il Laurent, meglio svolgendo un'idea manifestata dal Demolombe, insegna che il diritto di tenere le piantagioni fuori delle distanze legali si acquista mediante il possesso e per effetto di prescrizione acquisitiva. A sostegno della sua opinione osserva che le servitù legali sono il modo di essere, lo stato naturale della proprietà nel civile consorzio; che l'obbligo di mantenere una certa distanza nelle piantagioni non è una vera servitù, ma un semplice effetto del dovere, a ciascuno incombente, di non invadere l'altrui. Chi non rispetta la distanza prescritta impone una restrizione al fondo contiguo, la quale col possesso e col tempo si muta in servitù legalmente stabilita. L'opinione del Laurent trovò favore in alcune decisioni dei patrii magistrati (2). Ma non è conforme ai principii. La verità dell'argomento, come devesi facilmente concedere, che le servitù legali sono il modo di essere della proprietà nella civile comunanza, non conduce a negar loro il carattere di vere servitù (3). *Servitù* le chiamò il legislatore e le disciplinò in quella parte del Codice che tratta delle servitù, sia che si stabiliscano *ope legis*, sia che pel fatto dell'uomo. Da ciò prescindendo, in quest'obbligo di conservare una prescritta distanza uopo è ravvisare tutte le condizioni di una servitù; il peso cioè imposto sopra un fondo pel vantaggio di un altro, e la perpetuità della causa. Nè è del tutto vero, quanto asserisce il Laurent, che le distanze debbansi osservare allo scopo di non invadere l'altrui. L'obbligo di nulla immet-

(1) Art. 579, C. C.

(2) C. A., Catania, 22 febbraio 1884; *Legge*, 1884, 2, 59; C. C. Napoli, 5 maggio 1893; *G. T.*, 1893, 677.

(3) Ad evitare ogni equivoco ed ogni erronea interpretazione giovami dichiarare che intendo parlare di quelle sole, fra le così dette servitù legali, che impongono un peso su di un fondo a favore di un altro; perchè non poche delle disposizioni scritte nel Codice sotto la rubrica delle servitù legali (ad es., art. 540, 546, 547, 562, 565, 569) non hanno alcuna relazione colla teorica delle servitù prediali. Vedi Ferd. Bianchi, *Trattato delle servitù legali*, n. 5.

tere nei fondi contigui ha per sola conseguenza il diritto del proprietario vicino di recidere i rami che sporgano o le radici che penetrino nel suo: ogni altra conseguenza esorbita da tale obbligo, e non ne è più giustificata. D'altra parte se vera fosse l'opinione del Laurent, che le servitù legali sono il modo di essere della proprietà nel civile consorzio, dovrebbe seguirne che l'osservanza del precetto legislativo avesse per effetto che gli alberi piantati alle distanze volute non potessero in alcuna guisa essere toccati dal vicino. Ciò non è. L'articolo 582 del Cod. civ. dà il diritto di tagliare i rami che si protendono, e la facoltà di recidere le radici che si immettono. La teorica del Laurent crea adunque *un preteso modo di esercizio del proprio diritto* entro certi limiti dalla legge determinati senza legittimazione delle sue naturali e necessarie conseguenze: essa non può accettarsi. Altra fu la volontà e lo scopo del legislatore. Certo ebbe anche l'intento d'impedire qualunque invasione nell'altrui. Ma non fu questo nè il precipuo nè il più essenziale, perchè ad impedire le usurpazioni bastavano i provvedimenti sanciti dall'art. 582 del Cod. civ. La servitù reciproca delle distanze, ed il conseguente *jus prohibendi* competente a ciascuno e contro ciascuno dei vicini, sono un effetto di quei rapporti di vicinato, in cui la legge si è sempre studiata di mantenere la massima benevolenza, conciliando tutti gli interessi. Quando alcuno pianti alberi fuori delle volute distanze, violando così la servitù a cui è soggetto, il vicino può far uso del suo *jus prohibendi*. Se tace, se s'acqueta, e lascia scorrere il tempo voluto per prescrivere, il *jus prohibendi* si estingue. Ed in questo senso si è pronunziata più volte la patria Giurisprudenza insegnando che fondo servente è quello obbligato a rispettare le distanze stabilite dalla legge, dominante quello che ha diritto di vederle rispettate (1).

---

(1) C. C. Torino, 22 aprile 1890, *G. T.*, 1890, 558; 27 ottobre 1887, *G. T.*, 1887, pag. 749 e 15 novembre 1884, *G. T.*, XXI, 821. Ferd. Bianchi, Op. cit., n. 10, nega alle limitazioni della proprietà del genere di quelle delle distanze nelle piantagioni il carattere di servitù. Per lui la legge ha in questi casi lo scopo di contemperare *sulla base dell'uguaglianza* l'esercizio della proprietà, sottoponendo i fondi contigui ad una certa limitazione; di modo che non si può concepire il contenuto della servitù prediale, consistente nel servizio prestato da un fondo ad un altro, mentre alla libertà di entrambi viene impartita un'equa misura. Nè può ammettersi il concetto di una servitù reciproca tra i due fondi contigui, perchè esso è ammissibile solo quando si suppongano due rapporti giuridici distinti, non già in ordine a un solo e medesimo rapporto. Io andrei fuori dei confini, che la materia da me trattata m'assegna, se volessi maggiormente diffondermi sulla grave e dibattuta questione della vera indole delle servitù legali. Ma per quanto ha tratto alle distanze nelle piantagioni, mi vengono spontanee due osservazioni. La prima si è che per quanto si voglia sottilizzare non è pos-

Non è qui il luogo di pur accennare alle molte questioni cui danno origine le piantagioni a minor distanza della legale: però questo solo debbo rilevare che ammesso che il poter tenere piante fuori dei limiti legali dipende dalla prescrizione estintiva e non da quella acquisitiva, devesi pure concedere che il vicino non potrà certamente pretendere l'atterramento di quelle piante, che esistono da più di trent'anni; ma morte od atterrate che queste siano, potrà impedire che altre vengano ad esse sostituite (1). Fatta eccezione pel caso in cui si tratti di un'intiera piantagione riguardo alla quale, come *universitas rerum* per sè stante, parmi che non si potrebbe mettere seriamente in dubbio il diritto di rinnovellare le piante, che parzialmente periscono (2).

---

sibile negare alla prescrizione di non piantare se non a certa distanza dal confine i caratteri di un peso imposto su di un fondo a beneficio di un altro, in quanto che viene limitato l'esercizio della proprietà (divieto di esercitare sul proprio uno degli attributi del dominio) per rendere più proficuo al proprietario finitimo l'esercizio del suo diritto; e che non vi ha alcuna ripugnanza ad ammettere la servitù reciproca delle distanze, perchè è un errore palmare dire che il rapporto giuridico fra i due fondi contigui è un solo, mentre è evidentemente duplice secondo che ciascuno degli immobili funge da dominante o da servente. La seconda si è che la teoria del Bianchi conduce di necessità ad approvare l'opinione da me professata, perchè, posto per vero che le regole dalla legge dettate costituiscono l'equa misura della libertà dei due fondi, vero deve essere eziandio che contro gli atti, con cui uno dei due proprietarii venga alterando quell'equa misura, all'altro compete un'azione che si estingue per via di prescrizione. In altri termini anche secondo la teorica del Bianchi non è possibile se non la prescrizione estintiva.

(1) L'opinione sostenuta nel testo è condivisa da questi autori: Ricci, II, n. 434; Pacifici-Mazzoni, *Servitù legali*, 3ª ediz., n. 637; Borsari, § 1179. *Idem*, C. C. Torino, 2 marzo 1900; *G. T.*, 1900, 309. Contra, citate sentenze C. A. Catania, 22 febbraio 1884 e C. C. Napoli, 5 maggio 1893. Essa venne accolta nella modificazione recata dalla Legge Francese 20 agosto 1881, all'articolo 672. C. Nap.: " Le voisin peut exiger que les arbres, arbrisseaux et arbustes, plantés à une distance moindre que la distance légale, soient arrachés ou réduits à la hauteur déterminée dans l'article précédent, à moins qu'il n'y ait titre, destination du père de famille, où prescription trentennaire. Si les arbres meurent, ou s'ils sont coupés ou arrachés, le voisin ne peut les remplacer, qu'en observant les distances légales ".

(2) In questo senso decise la C. C. Torino, 6 dicembre 1880, *Legge*, 1881, 1, 196; 11 agosto 1882; *G. It.*, 1883, I, 1, 137; 10 dicembre 1889, *G. T.* 1890, 43. Contra Borsari agli art. 579-581, n. 1173 *B*; Ricci, in nota alla cit. sent., 11 agosto 1882 della C. C. Torino. Le ragioni addotte da questi scrittori sono le seguenti: Basterebbe una certa disposizione degli alberi per dare un'altra piega al diritto; e la più grave infrazione alla legge costituita dal maggior numero di alberi sarebbe argomento favorevole a chi l'ha violata (Borsari, loc. cit.); per ammettere il principio che le disposizioni della legge non sono applicabili agli alberi che formano un viale, un filare, bisognerebbe fosse dimostrato che il legislatore ha considerato il filare od il viale, come un'unità collettiva ed inscindibile, ed

34bis. — Colla servitù delle distanze nelle piantagioni non va confuso il protendimento dei rami sul fondo vicino, sia l'albero a distanza legale sia a distanza minore (1). Nel protendimento io ravviso gli elementi tutti di una servitù continua ed apparente, poichè esso consiste in un aggravio permanente e manifestantesi con segni esteriori del fondo, su cui i rami sporgono, e deriva dall'opera della natura, senzachè pel suo esercizio occorra il fatto dell'uomo (2). La servitù attiva di protendimento è adunque tale da potersi acquistare mediante usucapione. Per escludere l'applicabilità dell'usucapione ed anzi in genere della prescrizione si è detto che l'incremento dei rami in modo lento, impercettibile, prodotto dalle forze naturali non costituisce il possesso continuo necessario alla prescrizione; che è impossibile stabilire sia l'inizio della prescrizione sia la estensione del diritto acquisito; che è una facoltà non prescrittibile quella del proprietario del fondo sottostante ai rami di domandarne la recisione. Di queste obbiezioni la prima esce dai termini veri del problema, poichè non è l'incremento dei rami, sibbene il fatto di averli tenuti sporgenti sul suolo altrui che costituisce la *quasi-possessio juris*. Non si riesce a trovare una differenza tra questo fatto e quello di aver tenuto sul suolo altrui uno sporto artificiale. La seconda riguarda non la possibilità dell'acquisto della servitù, ma la difficoltà della prova, il che è del tutto indifferente. Se il proprietario dell'albero non riuscirà a dimostrare che i suoi rami hanno continuato a sporgere per tutto lo *statutum tempus* e nelle dimensioni attuali, si applicheranno le norme comuni del diritto probatorio. La terza poi trova già una risposta perentoria nelle considerazioni fin qui svolte; ne trova un'altra non

---

il testo di legge, da cui desumere una tale volontà del legislatore, manca affatto (Ricci, loc. cit.). Questi argomenti non mi persuadono. Non è la disposizione degli alberi, che muti il diritto; ma il fatto ben diverso e di ben altra importanza, che gli alberi costituiscono un tutto organico ed autonomo, qualificato con apposita denominazione. Il viale e il filare secondo la comune coscienza giuridica non sono tante piante l'una dall'altra distinta, ma un'unità complessiva e inscindibile nelle sue parti; e non vi ha alcun motivo di ritenere che il legislatore abbia voluto riprovare questo modo generale di pensare. Il rapporto giuridico, che nasce dalla esistenza trentennaria del viale o del filare, consiste adunque non nel diritto di avere quelle piante, onde risulta l'unità collettiva, ma sibbene in quello di avere questa stessa unità; si è di fronte a questo rapporto giuridico che è venuto meno per prescrizione il *jus prohibendi* del proprietario del fondo attiguo, e si è perciò che le piante deperite si possono rinnovellare, come mezzo al fine reso legittimo dalla prescrizione.

(1) Ogni differenza tra le due ipotesi mi sembra inammessibile, poichè il protendimento dei rami dà vita ad una servitù particolare diversa per natura e per oggetto da quella delle distanze nelle piantagioni.

(2) Art. 617, 618 C. C.

meno precisa nella lettera stessa dell'art. 582 Cod. civ. (quegli... *può costringerlo*) (1).

34ter. — Il Laurent insegna (2), che è acquisitiva la prescrizione con cui il terzo, che possiede il fondo gravato da ipoteca come se fosse libero, lo affranca dall'onere. È, come vedesi, un tentativo di rinnovazione sotto altra forma dell'antica *usucapio libertatis*. Pel Laurent vi è prescrizione estintiva pel debitore, acquisitiva pel terzo possessore.

Non stimo che sia troppo felice questa tentata risuscitazione di un concetto non più consono coi principii del moderno diritto. Sta vero, che chi col possesso continuato e non molestato finisce per trovarsi franco dall'ipoteca, in certo qual modo acquista la libertà del fondo; ma vero è del pari che la prescrizione, colla quale si libera il fondo dall'ipoteca, ha per suo oggetto essenziale la perdita di un'azione, non l'acquisto di un diritto (3). Prescindendo da questa considerazione, e confrontando questa novella forma di *usucapio libertatis* con quella antica, che la Romana Giurisprudenza aveva ammessa per le servitù urbane, si scorge di leggieri che in essa non havvi alcuna di quelle condizioni, per cui questa seconda era stata foggiata a prescrizione acquisitiva. In questa erano necessarie la posizione e il mantenimento di uno stato di cose contrario all'esercizio della servitù per opera del proprietario del fondo servente (4). In quella invece non riscontrasi *lo stato di cose contrario*, ma soltanto la prolungata inerzia del creditore che consuma l'azione reale ipotecaria a lui prima spettante.

---

(1) Conform. Troplong, *Prescr.*, 347; Borsari all'art. 582, § 1177, il quale propende per l'estinzione del diritto di far recidere i rami, come risultato di prescrizione estintiva; Ricci, 2, 435; Teti sulla *Legge*, 1880, 3, 201 e segg.; C. C. Napoli, 4 marzo 1873; *G. T.*, 1873, 558; 5 maggio 1893; 23 gennaio 1897, *Legge*, 1893, 2, 372; 1897, 2, 416; C. C. Firenze, 21 febbraio 1900; *Legge*, 1900, 1, 780. Contra Pacifici-Mazzoni, *Servitù legali*, 640; Mirabelli, *Prescr.*, 280; C. C. Torino, 15 settembre 1882; 5 luglio 1888; *G. T.*, 1882, 685; 1888, 440; C. A., Milano, 23 dicembre 1889; *Monit. dei Trib.*, 1889, p. 285. — Quanto alla questione se sia o no *res facultatis* il diritto di far recidere i rami, vedi *Prescr. est.*, n. 39bis.

(2) *Principes*, XXXII, 8. In diritto Romano l'estinzione del pegno a pro del possessore del fondo si concepiva come una specie di usucapione della liberazione dal pegno. Vedi Arndts-Serafini, § 390; Windscheid, *Pand.*, § 248; Maynz, § 168. Il sistema giustinianeo è tutt'altro che preciso a questo riguardo, ed è oggetto di vive dispute. Certo si è che la prescrizione del pegno non ha alcuna affinità colla *vera usucapio libertatis* delle servitù urbane.

(3) Vedi sopra n. 2.

(4) Vedi sopra n. 7.

CAPITOLO IV.

Delle cose non soggette ad usucapione.

SEZIONE I.

Cose fuori di commercio.

SOMMARIO: 35. *L'art. 2113 del Codice civile. - Suoi rapporti coll'articolo 690. - Criterio della commerciabilità delle cose.* — 36. *Errori di alcuni Scrittori intorno all'interpretazione dell'art. 2113.* — 37. *La noverazione di tutte le cose fuori di commercio non ci è fornita dal Codice; è d'uopo ricorrere al Diritto Romano.* — 38. *Cose comuni. - Mare, aria, acqua* profluens. *Che cosa è l'acqua* profluens? (*in nota*). — 38bis. *Acque pluviali scorrenti sul suolo pubblico.* — 39. *Cose pubbliche. - Lido del mare. - Criterii per determinarne l'estensione.* — 39bis. *I rilasci del mare non sono demaniali.* — 40. *Fiumi e torrenti. - Che sia fiume o torrente.* — 40bis. *Come si distingua dal rivo. - Il definire la qualità e la pertinenza di un corso di acqua appartiene all'Autorità giudiziaria.* — 41. *Le rive e l'alveo del fiume sono essi demaniali? - Esame delle varie opinioni.* — 42. *La* communis opinio *distingue nell'acqua del fiume una parte destinata all'uso pubblico ed incommerciabile ed un'altra disponibile e commerciabile. - Leggi positive che l'hanno adottata. - Le concessioni, anche a titolo oneroso, e i diritti acquisiti per usucapione sull'acqua del fiume sono sempre revocabili.* — 42bis. Quid *dei laghi e dei canali appartenenti allo Stato.* — 43. *Porti, seni di mare, fortezze.* — 43bis. *Se la enumerazione dei beni demaniali nell'art. 427 Cod. civ. sia o non tassativa. - Ed in ispecie se i beni addetti ad un pubblico servizio siano da ritenersi appartenenti al Demanio Pubblico. - Le ferrovie dello Stato costituiscono beni patrimoniali.* — 43ter. *Art. 429 Cod. civ. - Se pel passaggio della cosa già demaniale al patrimonio dello Stato occorrano oltre al fatto della cessazione della destinazione altri requisiti. - Riflessi particolari al Demanio militare.* — 44. *Beni d'uso pubblico della Provincia e del Comune. - Si comprendono fra di essi anche quelli destinati ai pubblici servizii.* — 45. *Strada e via pubblica. - Sul suolo della strada pubblica non si può acquistare dal privato alcun diritto esclusivo.* — 45bis. *Questioni intorno all'usucapione di porzioni della strada. -* Quid *dell'onere della prova.* — 45ter. *Quando la strada cessi di appartenere al Demanio Pubblico. - Determinazione di tale momento nel caso di abbandono. -* Quid *dei servizii che prima la strada rendeva ai cittadini* (*in nota*). — 46. *Strade vicinali soggette a servitù pubblica.* — 47. *Fontana comunale. - Se parte dell'acqua proveniente dalla medesima sia usucapibile dal privato.* — 47bis. *Altre acque di uso pubblico comunale.* — 48. Res

divini juris. - *Delle Chiese. - Le Chiese destinate al pubblico uso sono incommerciabili. - Le Chiese semplicemente aperte al pubblico e gli oratorii di privata spettanza sono in commercio.* — 48[bis]. *Criterii per determinare quali sono le Chiese destinate al pubblico uso.* — 48[ter]. *In quali modi avviene la cessazione della incommerciabilità della Chiesa destinata al pubblico uso.* — 48[quater]. *Gli arredi e le suppellettili occorrenti al culto sono in commercio.* — 48[quinquies]. *I cimiteri pubblici sono fuori commercio. - Condizione giuridica dei cimiteri di privata spettanza e del* jus sepulcri. — 49. *L'art. 2114 Cod. civ.*

35. — Nel precedente capitolo abbiamo veduto che mediante il possesso si possono acquistare la proprietà delle cose mobili ed immobili ed alcuni dei diritti reali sulle medesime. Occorre ora ricercare quali siano le eccezioni alla regola generale.

Il principio sintetico, intorno al quale viene raggruppandosi la più gran parte di cotali eccezioni, è consegnato nell'art. 2113 del Cod. civ., il quale così dispone: " La prescrizione non ha luogo riguardo alle cose che non sono in commercio " (1). Il concetto sancito dall'art. 2113, è completato da quanto dispone il precedente 1116, che le sole cose in commercio possono formare oggetto di contratto. Ma nè in questi nè in altri articoli il legislatore ha dato la definizione delle cose fuori di commercio, e neppur stabilito un criterio di distinzione delle cose a seconda della commerciabilità.

Havvi qua e là qualche cenno. L'art. 430 del Cod. civ. dice, che i beni del Demanio Pubblico sono di loro natura inalienabili. L'art. 432 distingue i beni del Comune e della Provincia in beni *di uso pubblico* e in beni patrimoniali; quelli di uso pubblico, pur mancando l'espressa statuizione della legge, si equiparano ai beni del Pubblico Demanio, e sono anch'essi assolutamente inalienabili.

L'art. 690, che ha col 2113 il più stretto rapporto, dichiara che il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà, non ha effetto giuridico. Fu negata la perfetta equivalenza tra commerciabilità e capacità di possesso perchè di alcune cose non può dai privati aversi un possesso *uti singuli*, ma ben può aversi *uti universi*, come membri della comunità (2). Ma si scorge di leggieri che il possesso a taluno spettante come membro della collettività non conduce all'acquisto di un diritto individuale, di guisa che sotto questo aspetto gli articoli 690 e 2113 hanno una mede-

(1) Il disposto dell'art. 2113 non è altro che la riproduzione dei concetti già insegnati dai romani giureconsulti. Gajo nel Fr. 9, D. *de usurpationibus*, 41, 3, lasciò scritto: " Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi romani et civitatum, item liberis hominibus ". Conformi Fr. 45, pr. *eod.*; § 1, I, *eod.* T. 2, 6.

(2) Scillamà, op. cit., I, pag. 496.

sima efficacia ed un'identica estensione. Ma se codesto modo di porre la questione non è esatto, certo si è tuttavia che commerciabilità e capacità possessoria non sono due termini equivalenti, perchè l'istituto del possesso non abbraccia indistintamente tutti i diritti di guisa che sonvi molte cose commerciabili (diritti di pegno, d'ipoteca, obbligazioni) che non sono capaci di possesso.

Dice molto giustamente il Troplong (1) che il disposto dell'articolo 2113 del Cod. civ. (pari a quello dell'art. 2226 Cod. Nap.) propone uno di quei principii generali, dietro cui il legislatore ama di riposarsi evitando le lunghe e particolareggiate disquisizioni, ma che aprono larghissimo campo alle indagini dell'interprete. E per guidarci con sicurezza in questa intricata materia, credo che bisogni risalire ai principii, ricercandone il bandolo, ogni qual volta ciò sia possibile, negli insegnamenti lasciatici dalla Romana Sapienza.

La prima ricerca da farsi riguarda il concetto generico delle cose fuori di commercio. Scopo di tutte le cose è quello di servire al benessere dell'uomo, poichè questi modestamente si è creato re della terra e padrone di tutte le cose che in essa si trovano (2). Ma perchè le cose raggiungano uno scopo siffatto, è d'uopo che siano oggetto di diritti. Quindi la proprietà per cui una cosa la dico mia; quindi i diritti reali, per cui esercito certe potestà sulla cosa di altrui spettanza; quindi i diritti di obbligazione, in virtù dei quali posso pretendere da altra persona la prestazione di una determinata cosa. In un certo senso la scienza giuridica altro non è che la norma secondo la quale i beni si distribuiscono fra gli uomini nel consorzio civile, laddove l'economia politica è il complesso delle norme per la migliore loro distribuzione.

Tutte le cose servendo al benessere dell'uomo possono essere oggetto di proprietà e di diritti, o, per dirla con frase più comprensiva, di atti giuridici. La massima va soggetta a parecchie eccezioni, delle quali alcune provengono dalla natura stessa delle cose, tanto grandi, che respingono ogni idea di appropriazione. Chi dirà al mare: Tu sei mio? Re Canuto, nello stesso tempo che infliggeva una severa lezione ai cortigiani adulatori, esprimeva anche un concetto altamente giuridico. Altre invece hanno la loro causa in motivi di necessità o di opportunità, per cui vennero sottratte al dominio ed alle convenzioni dei privati certe cose, che di loro natura sono capaci di appropriazione.

---

(1) *Prescr.*, n. 108.

(2) È il celebre motto di GAVARNI: " L'homme est le roi de la création. Qui dit ça? L'homme ".

Quali e quante queste cose andremo fra breve enumerando; ora basti enunciare il principio: *essere fuori di commercio* tutte le cose che in genere non possono formare oggetto di proprietà o di altri diritti reali spettanti a privati, e che d'ordinario non possono neppure formare oggetto di alcun atto giuridico diretto a costituire diritti siffatti (1); essere in commercio tutte le altre.

36. — Cadono quindi le censure che parecchi scrittori avevano rivolto al disposto dell'art. 2113 le quali movevano da un falso concetto della commerciabilità. Duranton, ad esempio, ne trova il principale criterio nell'alienabilità. Intendiamocì bene: l'alienabilità è senza dubbio uno dei caratteri più spiccati delle cose commerciabili. Il poter passare da una mano in un'altra, l'*ambulare per plures personas*, come dicono i Fr. 15 *de minoribus*, 4, 5 e 25, § 8, *de hered. petit.*, 5, 3; *il currere per multos emptores* come suona il Fr. 56, D. *de contrah. empt.*, 18, 1, è certamente una loro essenziale prerogativa. Ma non è vera la proposizione inversa: che siano fuori di commercio tutte le cose inalienabili. Occorre distinguere due specie d'inalienabilità: una derivante dalla natura della cosa o dalla sua permanente destinazione ad un pubblico servizio, assoluta, senza eccezioni o restrizioni; l'altra relativa, limitata ad un certo tempo e dipendente dalla qualità di certe persone, cui le cose appartengono, e dal loro stato attuale. La prima è imposta dalla necessità o da ragioni di universale vantaggio; ha una causa perpetua quanto il civile consorzio, alla cui esistenza essa bisogna o giova; è quella che l'art. 430 del Cod. civ. denomina inalienabilità per propria natura della cosa (2), ed equivale all'assoluta incommerciabilità. La seconda invece, sebbene inspirata pur essa a considerazioni di pubblica utilità, trova il suo maggior fondamento in un benigno riguardo verso certe persone, le qualità e condizione delle quali parvero al legislatore degne di singolar favore. Essa è di conseguenza contingente e passeggiera, come la causa donde deriva; questa cessata, la cosa ridiventa alienabile. Il fondo dotale, ad esempio, è inalienabile, ma solo temporariamente (articolo 1405

---

(1) Arndts-Serafini, *Pandette*, § 49. Marezoll, *Ist. di D. R.*, § 84. Windscheid, *Pandette*, § 146-147. La incommerciabità è assoluta o relativa, secondochè è del tutto proibito od è semplicemente limitato il commercio della cosa. Per le cose incommerciabili a ragione della loro destinazione è comunemente ammesso che siano capaci di quei diritti a favore di privati, i quali non impediscano e non turbino la loro destinazione.

(2) L'espressione usata dall'articolo 430 Cod. civ., se è giusta considerata in astratto, non è viceversa esatta nell'applicazione ivi fattane. I beni demaniali non sono inalienabili di loro natura, ma per la loro destinazione.

Cod. civ.) (1). Alienabile era prima del matrimonio; ridiventerà tale non appena questo sia sciolto, ma non ha mai cessato di essere in commercio, benchè ne sia proibita l'alienazione attuale, tant'è che colle volute autorizzazioni può essere alienato anche durante il matrimonio. Ed infine è certo che l'alienazione di beni così fatti non è assolutamente nulla od inesistente: ma solo soggetta a rescissione entro determinati limiti di tempo. Questa seconda specie d'inalienabilità non toglie la cosa dall'umano commercio, nè la sottrae all'usucapione; eccettuato il caso di uno speciale impedimento al decorso di questa espressamente stabilito dal legislatore (2).

Per non avere abbastanza osservato cotali differenze, qualche scrittore trovò non sempre vera la correlazione tra inalienabilità ed imprescrittibilità.

E neppure è esatta l'obbiezione che in un contrario senso il Troplong solleva contro il broccardo: *alienabile ergo praescriptibile*, perchè le servitù discontinue sono alienabili ma non usucapibili. Il broccardo venne creato, quando le servitù discontinue si potevano usucapire; e ad ogni modo un'eccezione *di natura positiva*, come è la loro imprescrittibilità, conferma sempre più la regola (3).

Il Laurent (4) censura quelli che attinsero un criterio dall'articolo 1128 del Cod. Nap., pari al 1116 del nostro Cod. civ. La critica è giusta. Le cose fuori di commercio non possono formare

---

(1) " Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt ". Fr. 2, D. *de jure dotium*, 22, 3. *Idem*, Fr. 18, D. *de reb. auct. jud.*, 42, 5. Fr. 1, D. *Soluto matrimonio*, 24, 3.

(2) Cod. civ., art. 2120.

(3) Vedi Baudry-Lacantinerie et Tissier, op. cit., n. 123. Lo Scillamà, op. cit., pag. 495, fondendo le due obbiezioni di cui ho tenuto parola nel testo, scrive: "... non è sempre vero che alienabilità sia sinonimo di prescrittibilità secondo l'antica massima: *alienabile ergo praescriptibile;* perocchè, sebbene abbiano analogo fondamento in quanto *vix enim est ut non videatur alienare qui patitur usucapi*, pure talune cose sono inalienabili e tuttavia soggette a prescrizione, come i fondi dotali dopo la separazione dei beni, finchè dura il matrimonio, ed altre all'incontro sono alienabili ma imprescrittibili, come i beni dei minori ". A queste obbiezioni, per quanto concerne il loro elemento teorico, ho già risposto nel testo; ma credo opportuno di rilevare alcuni errori, in cui è involontariamente incorso l'esimio scrittore negli esempi da lui proposti: 1° La condizione del fondo dotale non va soggetta ad alcuna alterazione in causa della separazione dei beni (art. 1424 e 2120 Cod. civ.); 2° i beni dei minori non sono imprescrittibili, perchè la minorità è una causa temporaria d'impedimento *ratione initii* e *ratione cursus*, la quale non esclude la prescrizione trentennaria a favore del terzo possessore.

(4) *Princ.*, XXXII, n. 221.

oggetto di un contratto, quando questo ha per iscopo di creare un diritto di proprietà o reale di altro genere sulle medesime in favore di un privato, non quando abbia un altro scopo. A sua volta insegna: che sono fuori di commercio le cose, che sebbene capaci di appropriazione non possono essere l'oggetto di una proprietà esclusiva. Quelle cose, che non sono capaci di appropriazione, non sono nè in commercio nè fuori di commercio essendo all'infuori della sfera degli atti giuridici. La teorica propugnata dal Laurent non è immune da vizii. Ad esempio, il sepolcro ed il *jus sepulchri* secondo la dottrina prevalente sono fuori di commercio (1), eppure sono oggetto di proprietà esclusiva. E le stesse cose demaniali secondo un'autorevole opinione sono proprietà dello Stato (2).

37. — Il capo 3° del Titolo 1°, Libro II Cod. civ., tratta dei beni relativamente alle persone, cui appartengono: beni dello Stato, delle Provincie e dei Comuni, dei Corpi morali e dei privati. I beni dello Stato si suddividono in demaniali e patrimoniali. Quelli delle Provincie e dei Comuni in beni di uso pubblico, che formano per così dire il loro Demanio Pubblico, e in beni patrimoniali. I beni demaniali dello Stato, delle Provincie e dei Comuni sono inalienabili ; quelli patrimoniali sono alienabili, ma solo nei modi e colle formalità stabilite dalla legge; quelli dei privati possonsi sempre alienare, salve alcune tassative restrizioni per certi determinati casi (3).

Ma il capo suddetto del Codice non esaurisce la materia: restano i beni non soggetti ad appropriazione, e quelli che per la speciale loro destinazione resistono al dominio privato. A completare la trattazione, parmi essere opportuno di seguire gl'insegnamenti della Romana Giurisprudenza i quali nella loro sostanza furono accolti dal Diritto patrio, avendo il debito riguardo alle disposizioni del Codice e delle altre leggi speciali che abbiano tratto alla materia, che ci occupa, e alle idee a tendenze, che formano il contenuto della odierna civiltà.

Il Diritto Romano distingueva anzitutto le cose che sono nel nostro patrimonio da quello che se ne trovano fuori (4); seguendo altro criterio le distingueva in *res divini* e *res humani juris*.

---

(1) Vedi infra n. 48[quinquies].

(2) Vedi infra n. 40.

(3) Inalienabilità in costanza di matrimonio della dote; alienazioni condizionate e mediante prescritte formalità dei beni dei minori, degli interdetti, dei corpi morali.

(4) Nota il MAREZOLL (*Istituzioni di D. R.*, § 84), che una divisione siffatta è alcun poco equivoca, perchè il suo criterio si può riferire tanto alla giuridica e

Infine le fonti ci danno questa più particolareggiata divisione che io prenderò a modello:

Res omnium communes: aër, aqua profluens, mare et per hoc litus maris.

Res sacrae, religiosae, sanctae, che si comprendono nella comune denominazione di *res divini juris.*

Res publicae et universitatis, che appartengono alla universalità di tutto lo Stato od almeno di tutta una città.

In opposizione a queste categorie, che comprendono tutte le cose *extra patrimonium* e *extra commercium,* stanno le *res singulorum*, le private proprietà.

38. — *Cose comuni.* Il mare. *Usucapio non procedit nisi in re terminata*, disse Grozio. Chiunque si presenti a vederlo in un giorno in cui una lieve brezza ne increspi le onde, si arresta stupito dinanzi a quella vastità immensa; chiunque in un giorno di tempesta lo vede sommergere nei suoi profondi abissi le navi più poderose, colui non chiede perchè il mare respinga ogni soggezione a pubblico o privato dominio. Ben posso attingere un secchio d'acqua del mare e farla mia, appunto perchè essa è cosa a tutti comune, come posso racchiudere in un vaso una porzioncella dell'aria atmosferica, ma non tutta l'acqua nè tutta l'aria io posso appropriarmi.

L'immensità del mare non impedisce tuttavia che certe sue parti racchiuse entro ostacoli naturali od artificiali si prestino ad una specie di appropriazione. Così sono di pubblica pertinenza i porti e le rade. Il mare territoriale cade in un diverso ordine di idee, attinendo più all'imperio che non al dominio e non cessa quindi di essere cosa comune, sebbene lo Stato si arroghi sovra di esso alcuni particolari diritti (1).

Comuni sono pure l'aria e l'acqua *profluens* (2), l'acqua naturalmente corrente, beni che la natura ha offerto a tutti, come di tutti sono i bisogni a cui servono.

---

permanente qualità della cosa di non poter divenire proprietà di un individuo; quanto alla fortuita circostanza di non essere per ora proprietà di alcuno. Al contrario solo su quella giuridica incapacità fondasi direttamente l'altra divisione: “ res extra commercium, res in commercio „, la quale significa che le prime sono più o meno sottratte all'ordinario commercio, sovratutto a quello privato.

(1) Il Ricci (vol. II, n. 47), è di diversa opinione. A suo giudizio, tale porzione di mare, che si comprende nel territorio dello Stato, appartiene al Demanio pubblico.

(2) Che cosa è l'acqua *profluens?* Accursio la disse l'acqua piovana; altri qualunque acqua scaturiente o promanante dalla terra. Enguinario Barone

38[bis]. — Alle cose di tutti comuni si ascrivono le acque pluviali scorrenti sulla pubblica via. Dice bene il Borsari (1); " Fra i benefizi di natura, che niuno può reclamare a suo proprio dominio esclusivo ora e per l'avvenire mediante la prescrizione, e che sono o possono essere utili a tutti, si annoverano le acque pluviali ". Esse sono *res nullius* e appartengono al primo occupante. I lavori, con cui il privato devia dalla strada pubblica le acque ivi scorrenti per condurle al suo campo od al suo orto, non costituiscono che un mezzo di agevolargli l'esercizio del diritto a lui naturalmente spettante, ma per quanto tempo mantenuti non producono in suo favore una servitù attiva. Non ostante la loro diuturna esistenza, e la deviazione esclusiva a favore di un solo, i proprietari di altre terre potranno ugualmente impadronirsi di tali acque e servirsene a loro vantaggio, perchè esse sono sempre *res nullius* finchè fluiscono sul suolo pubblico. Tale massima venne proclamata dalla C. C. Torino nella seguente specie: Felice Sivori con opere di ristagno e di ciottolato, con una pozza pei sedimenti, con un condotto ed una vasca deviava le acque dalla strada pubblica del Comune di Lavagna e le raccoglieva nei terreni di sua proprietà. Il proprietario di un fondo superiore, l'avvocato Andrea Sivori, posteriormente le fece pervenire nei suoi terreni, donde l'azione possessoria intentata da Sivori Felice che venne rigettata per mancanza di una vera servitù, di cui si potesse e dovesse mantenere il possesso (2).

---

e Donello l'acqua del fiume, sì che il fiume è pubblico, ma è comune a tutti l'acqua nel medesimo corrente. Nè alcuno, dice Donello, stimi assurda la distinzione del fiume e dell'acqua del fiume; perchè l'acqua del fiume si può riguardare o come acqua semplicemente corrente, o come acqua del fiume. Se ne fa uso come di acqua semplicemente corrente per lavare, per abbeverare il bestiame; come di acqua del fiume, quando vi si naviga o se ne fa un altro uso non possibile che nel fiume. Prima del Donello, parmi che avesse definito l'acqua *profluens* Dante, parlando del fiume Arno:

> In fin là 've si rende per ristoro
> Di quel che il ciel della marina asciuga
> Ond'hanno i fiumi, *ciò che va con loro.*
>
> *Purg.*, XIV, verso 34 e segg.

(1) Comm. Cod. civ., § 4389.

(2) Dec. 7 dicembre 1880, *Legge*, 1881, 1, 413. *Idem*, Troplong, *Prescr.* n. 147, ove è citata la conforme giurisprudenza francese. Mirabelli, op. cit., n. 233. Bianchi, op. cit., IX, parte 1ª, pag. 761 e segg., il quale ammette un diritto di preferenza a favore del fondo superiore, salvo che quello inferiore abbia acquistato per titolo, prescrizione o destinazione del padre di famiglia la servitù di derivazione delle acque.

Troplong e Duranton discutono un'elegante questione intorno alle acque

39. — *Cose pubbliche* (1). Il lido del mare. Celso (2) così lo definisce: *Litus est quousque maximus fluctus a mari pervenit, idque Marcum Tullium ajunt, cum arbiter esset, primum constituisse* e con

---

pluviali: se sia cioè possibile l'acquisto di una servitù mediante la destinazione del padre di famiglia. Pongasi che il proprietario di due fondi contigui abbia fatto i canali per deviare le acque dal pubblico suolo e condurle ad irrigare ambedue, e che in tale stato abbia lasciato le cose, quando ne alienò uno. DURANTON pensa che in tal caso la servitù di presa d'acqua resta costituita per destinazione del padre di famiglia. TROPLONG a sostegno della contraria opinione osserva che la presa d'acqua è precaria, e che il fosso irrigatore non avendo un'esistenza certa non può valere come mezzo e segno di una servitù. A me pare più fondata l'opinione del DURANTON. Le *res nullius* restano comuni finchè sono nel loro stato naturale; ma la parte di esse, che viene occupata dal privato, cambia natura, e diventa dominio esclusivo dell'occupante. Così la secchia di acqua, che attingo dal mare, è cosa mia (MAYNZ, *Droit Romain*, 1, § 45). Così le acque piovane, dopochè furono dedotte dal pubblico sul suolo privato, diventano di privata ragione, e possono essere oggetto di una servitù acquisibile nei modi ordinarii, e quindi anche colla destinazione di padre di famiglia, se ne ricorrono i termini abili. *Idem*, BIANCHI, op. cit., IX, parte 1ª, n. 101 e 102.

(1) Intorno alla pertinenza delle cose demaniali si agita una viva questione. Per alcuni tale pertinenza è soltanto un potere di vigilanza e di amministrazione competente allo Stato, come rappresentante del corpo sociale, per altri invece è un diritto di proprietà. La questione è diligentemente trattata in uno scritto del prof. SCIALOJA pubblicato nella *Legge*, 1883, 2, 786, ove è riferito lo stato della dottrina in proposito. Lo SCIALOJA aderisce all'opinione, che scorge in tale pertinenza una vera proprietà, e trae un forte argomento a sostegno di essa dall'art. 22 della Legge sui pubblici lavori. Mi associo io pure a questa opinione. Parmi cosa necessaria ammettere la proprietà dello Stato sui beni demaniali, poichè, questa negata, non saprebbesi a chi appartengano. Non ai cittadini, che *uti singuli* ne hanno un semplice uso, e che nel loro *aggregato* sono rappresentati dallo Stato. Sarebbero *res nullius?* No certo, simile assurdo non è pur stato pensato. Confor. WINDSCHEID, *Pand.*, § 146; GIRIODI, *Il Comune nel Diritto civile*, capo II. Il GIORGI, *Pers. Giur.*, III, 127 e segg., opina che il diritto competente allo Stato (e così alla Provincia e al Comune) sulle cose di Demanio pubblico non è proprietà nello stretto senso della parola, perchè sfornito della potestà di godere e disporre e sottratto al commercio, ma una proprietà pubblica attribuita allo Stato per tutela dell'uso pubblico, un diritto *sui generis* esercitato promiscuamente con atti d'imperio e con atti di dominio civile, che assicura allo Stato accidentalmente e in quanto siano compatibili col pubblico uso taluno di quei godimenti, che costituiscono il carattere essenziale della proprietà privata. È in sostanza la riproduzione di un concetto, che era stato professato dall'EISELE, e ripudiato a ragione dai più autorevoli giuristi tedeschi. Checchè in contrario sembri al GIORGI, è inoppugnabile l'osservazione dello SCIALOJA (citata monografia) che in ultima analisi tutto si ridurrebbe ad una nuova denominazione che non ispiega nulla. L'opinione del GIORGI è stata con poche modificazioni accettata dal RATTO nella *Legge*, 1893, 1, pag. 30.

(2) Fr. 96, pr., D. *de V. S.*, 50, 16.

lui Iavoleno (1): *Litus est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat.* La definizione data dai giureconsulti venne sancita da Giustiniano (2). Le Regie Patenti Sarde 24 novembre 1827, all'art. 119 avevano segnato al Demanio una linea di 65 metri. La Legge 20 novembre 1858, n. 3254 riprodusse tale disposizione, ma non più la Legge italiana del 1865. Nel silenzio di questa, il Consiglio di Stato con suo parere 1° aprile 1870 (3), ritenne applicabile la massima insegnata dai Romani giureconsulti; invece la C. A. Genova con sua sentenza 7 marzo 1884 (4) dichiarò ancora applicabile la misura stabilita dalle RR. Patenti e dalla Legge sarda.

L'uso del lido è pubblico. *Litorum quoque usus publicus est* aveva già proclamato Giustiniano (5); e con lui ripete la C. A. Genova nella citata sentenza: " La spiaggia del mare, come dipendente dalla amministrazione della Marina, non solo per gli usi, i bisogni e la polizia del servizio marittimo, ma altresì per la conservazione e tutela dello stesso da qualsiasi occupazione illegittima ed abuso, resta destinata all'uso pubblico ed alla difesa nazionale. E così fino alla distanza suindicata di 65 metri è demaniale ed inalienabile „ (6).

La pubblica destinazione del lido autorizza ciascuno ad accedervi per pescare, fermarvi le sue navi, mettervi a seccare le sue reti e tirarle dal mare, costruirvi una baracca per ricovero (7).

Il pubblico uso è disciplinato dalle seguenti disposizioni: L'articolo 158 del Codice di Marina Mercantile stabilisce che le concessioni perpetue delle pertinenze del Pubblico Demanio non si autorizzano che per legge, le temporanee dall'amministrazione marittima, sentite anche le altre amministrazioni interessate, quando si tratti di opera di natura stabile. L'art. 160 dello stesso Codice vieta di scavare od estrarre arene, pietre, ghiaje, di praticare qualunque altra escavazione lungo il lido e le spiaggie del mare o nel recinto dei porti, fuori dei siti a ciò specialmente destinati senza una licenza dell'Autorità marittima col concorso delle amministrazioni interessate

(1) Fr. 112, *eod. T.*, 50, 16.

(2) § 3, 1, *de rer. div.*, 2, 1.

(3) Vedi Mantellini, *Lo Stato ed il Diritto civile*, vol. II, pag. 29.

(4) *Legge*, 1885, 1, 235. Il Ricci (vol. II, n. 47) accede in sostanza alla massima insegnata dai giureconsulti Romani, poichè egli dice " essere lido quello che suole essere coperto dalle acque del mare nei periodici e normali suoi ondeggiamenti „. E giustamente osserva non potersi considerare come lido la superficie che sia invasa dalle acque a cagione di straordinaria tempesta.

(5) § 5, I, *de rer. div.*, 2, 1.

(6) Conforme, C. C. Torino, 16 agosto 1881, *Legge*, 1881, 2, 510.

(7) Vedi Fr. 4; 5, § 1, D. *de rer. div.*, 1, 8, e § 5, I, *eod. T.*, 2, 1.

e sentiti gli altri interessati per le località soggette a servitù militare, o situate a meno di 65 metri da opere stradali o da proprietà comunali o private (art. 161 e 162).

Una vivace ed interessante questione si agitò fra il Toullier ed il Troplong. Quegli opinava che la pubblicità del lido non fosse di ostacolo all'acquisto di un diritto esclusivo di pescare in un luogo determinato, o di presa d'acqua per uso di un molino o di un opificio; ed a sostegno del suo assunto allegava l'esempio di alcuni Comuni francesi, cui era stato da espressa disposizione di legge riconosciuto il diritto esclusivo di raccogliere certe piante dette *varech* sugli scogli situati nel loro territorio. Il Troplong (1) combatte tale opinione, ed allega contro il Toullier il Fr. 14, *de a. r. d.*, 41, 1, dove Nerazio lasciò scritto: " Quod in litore quis aedificaverit, ejus erit, nam litora publica non ita sunt, ut ea quae in patrimonio sunt populi sed ut ea quae primum a natura prodita sunt, et in nullius adhuc dominium pervenerunt, nec dissimilis conditio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio ejus, in cujus potestate pervenerunt, dominii fiunt " (2). I responsi della Romana Giurisprudenza non sono concordi e quindi non sono decisivi. Invero il Fr. 3, D. *ne quid in loco publico*, 43, 8 (3), attribuisce al Popolo Romano la proprietà dei lidi: *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror;* ed in coerenza a questo principio il Fr. 50,

(1) *Prescr.*, n. 150.

(2) Vedi nello stesso senso il Fr. 1, § 18, D. *de op. nov. nunc.*, 39, 1, e il § 5, I, *de div. rer.*, 2, 1.

(3) Gothofredus in nota al citato Fr. 14, *de a. r. d.*, propone questa conciliazione fra i varii testi: " (Litora) Populi sunt Romani quod ad imperium et dominium respectu aliarum gentium et Barbarorum: quod ad ipsos subditos non ita sunt in patrimonio populi Romani, ut subditis ac privatis in eis aedificare non liceat, atque ita superiores duae leges quodammodo inter se contrariae conciliari possunt, ut interea non omittam plus privatis licere in ipso mari, quam in ipsis litoribus. Arg. *l.* 4, *supr. de rer. div.* ". La discrepanza tra le decisioni dei giureconsulti, deve, a parer mio, attribuirsi al difetto di esattezza o di concordia, se vuolsi, nello stabilire la pertinenza del lido del mare. Mentre invero parecchi testi lo annoverano fra le cose a tutti comuni, e lo mettono a fianco dell'aria, dell'acqua, dello stesso mare (§ 1, I, *de div. rer.*, 2, 1; Fr. 13, § ult., D. *de injuriis*, 47, 10), altri testi lo considerano come cosa pubblica e di spettanza del popolo romano. Il Fr. 14, *de a. r. d.* riferito, il Fr. 1, § 18, *de op. nov. nunc.*, il § 5, I, *de rer. div.* hanno risposto al quesito sul diritto di fabbricare sul lido, ritenendolo comune, *res nullius*, che cede al primo occupante, senza limiti o restrizioni. Gli altri testi, in relazione al carattere di cosa pubblica che ritenevano insito nel lido, alla licenza di fabbricarvi impongono due limitazioni: l'autorizzazione del Magistrato, ed il nessun danno del pubblico uso.

de a. r. d., esige la previa autorizzazione del Pretore; e il Fr. 4, *ne quid in loco publico* statuisce esser libero di fabbricare sul lido, purchè non si pregiudichi l'uso pubblico. Ma ogni dubbio deve cessare in faccia al carattere di cosa *demaniale* impresso sul lido dal vigente diritto. La imprescrittibilità di tutto o di parte del lido è di rigore; per il che sul medesimo non possonsi acquistare altri diritti all'infuori di quelli che vengono concessi nei termini legali dalle competenti autorità.

Il solo dubbio che abbia ragion d'essere, concerne i diritti acquisiti, mentre vigeva una legge che ne consentiva l'acquisto. Ad esempio, i lidi erano alienabili e prescrittibili nel Genovesato dal 1800 fino al 1838, cioè sino alla promulgazione del Codice Albertino. La sentenza citata della Cassazione Torinese, 16 agosto 1881, insegna che la nuova legge ascrivente al Demanio dello Stato i lidi e le spiaggie non può recare offesa ai diritti già quesiti. Questa decisione è giustissima. I fatti compiuti non sono alterati dalla nuova legge, quand'anche questa concerna principalmente materia di ordine pubblico. Nè hanno a temersi conseguenze dannose al generale vantaggio; perchè, se la parte del lido, su cui acquistaronsi dai privati diritti esclusivi, si manifesta necessaria all'uso dei cittadini od alla difesa nazionale, si può agevolmente provvedere colla espropriazione per pubblica utilità. Per converso le prescrizioni ancora in corso restano risolte in tronco dalla statuizione della inalienabilità, siccome venne proclamato dalla C. C. Torino e dalla C. A. di Genova nelle decisioni già mentovate: *eoque jure utimur.*

39*bis*. — I rilasci del mare, quelle parti di spiaggia, che il mare discostandosi a poco a poco lascia asciutte, cessano di far parte del demanio, passano al patrimonio dello Stato e diventano usucapibili nei modi e nei termini ordinarii. Il Troplong (1) allega l'esempio della città di Aigues-Mortes, da cui S. Luigi fece vela per la crociata e che ora è alquanto distante dal mare. Noi possiamo addurre quello più celebre di Pisa, che un dì divise l'impero dei mari con Genova e Venezia, e che ora è tutta entro terra (2).

40. — *Fiumi e torrenti.* I responsi dei Romani giureconsulti non sono concordi intorno alla pertinenza dei fiumi. Giusti-

---

(1) *Prescrip.*, n. 149.

(2) Confor. Bianchi, op. cit., IX, parte 1ª, pag. 488. Si è disputato riguardo alla condizione degli arenili, cioè di quelle parti della spiaggia che non sono più necessarie all'uso pubblico, se continuino ad appartenere al demanio dello Stato, fino a che non sia intervenuto l'atto di sclassificazione per parte dell'Autorità marittima. Vedi infra n. 43*ter*.

niano (1) sancì che: *Flumina autem omnia... publica sunt;* ma esistono altri testi, che distinguono i fiumi in pubblici e privati. Marciano (2) riconosce che non tutti i fiumi sono pubblici. *Sed et flumina pene omnia... publica sunt;* ma non si spiega maggiormente. Ulpiano è più esplicito, e seguendo gl'insegnamenti di Cassio e Celso concordi, benchè appartenessero alle due diverse scuole, stima essere pubblico il fiume che ha un corso perenne, privato l'altro. Ecco le sue parole (3): " Fluminum quaedam publica sunt; quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit quod perenne est. Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis ".

Il dubbio nascente dal difetto di una disposizione precisa in materia di tanto momento venne tolto nel Piemonte fin dal 1676 coll'Editto che dichiarava *regali* tutti i fiumi e torrenti e quindi inalienabili ed imprescrittibili. Il Codice Albertino (art. 420), e l'Italiano (art. 427), attribuiscono anch'essi al Pubblico Demanio tutti i fiumi senza distinzione. Fu così troncata la lite che si dibatteva fra i Giuristi Francesi in causa dell'imperfetta disposizione del loro Codice, il quale parlava dei fiumi navigabili per attribuirli al Demanio, e taceva degli altri.

Che cosa s'intende per fiume e che per torrente? Il Pacifici-Mazzoni (4) insegna che a rigore deve intendersi per fiume ogni corso di acqua perenne, per torrente ogni altro che nasce da subite piogge o da scioglimento di nevi, e che perciò manca in breve tempo. La definizione del Pacifici vera ed esatta scientificamente non corrisponde al concetto volgarmente ricevuto, per cui torrente chiamasi *ogni corso di acqua,* quand'anche perenne, purchè rapido, facile ad ingrossarsi, pericoloso per le frequenti piene ed inondazioni. E così chiamansi torrenti la Bormida e l'Orba celebri pei loro traboccamenti, benchè nell'estate non inaridiscano (5).

Ad ogni modo, qualunque sia la definizione da accogliersi, essa non ha importanza alcuna di fronte al disposto del Codice, che accomuna tutti i fiumi e torrenti nella pertinenza al demanio dello Stato (6).

---

(1) § 2, I, *de div. rer.*, 2, 1.

(2) Fr. 4, § 1, *de rer. div.*, 1, 8.

(3) Fr. 1, § 3, D. *de fluminibus*, 43, 12.

(4) La definizione accolta dal Pacifici era già stata data da Ulpiano nel Fr. 1, § 2, D. *de fluminibus;* e conviene anche alla etimologia del nome *torrente.* Invero Gothofredus in nota a questo frammento così scrive: " Dicitur torrens Latinis, quia ejus acqua siccitate torrescit ".

(5) Conf. Ricci, vol. II, n. 48.

(6) Confor. Bianchi, op. cit., IX, parte 1ª, pag. 488 e segg.; De Cupis, *Legge*

40[bis]. — Oltre ai fiumi ed ai torrenti demaniali (4), hannovi corsi d'acqua di ragion privata, ciò che risulta incontestabile dall'art. 543 del Cod. civ. Dove finisce il torrente, e dove comincia il rivo di privata spettanza? La questione è importante. Il Mazzoni distingue quei corsi che sono perenni ed hanno un volume tale d'acqua da poter eccitare e mantenere ragionevoli speculazioni d'industria e d'agricoltura da quelli che non presentano cotali elementi, e cita in appoggio una decisione del Consiglio d'Intendenza di Nizza del luglio 1853 (*Racc.*, VI, 3, 186). A suffragare la sua teorica desume argomenti dall'art. 453 ove si parla di alluvioni formantisi nei fondi posti lungo le rive dei fiumi o dei torrenti e dall'art. 457, che parla di torrenti navigabili ed atti al trasporto. Conchiude che un criterio *a priori* non può fissarsi; che la questione è di fatto, da decidersi avuto riguardo tanto alla quantità dell'acqua, quanto alla sua eccedenza ai bisogni industriali ed agri-

---

sull'Amministrazione del patrimonio dello Stato annotata, n. 14; Borsari, § 832. Lo Scillamà, op. cit., pag. 513, opina che le masse d'acqua, che sono suscettive di navigazione o adoperabili al trasporto, hanno insita una ragione di utilità pubblica, mentre le altre che per la loro scarsità, limitazione o posizione non inservono, ricadono nella sfera del possesso e della proprietà dei privati. Il Gianzana, *Le acque nel Diritto civile italiano*, n. 18, segue un'opinione intermedia. Riconosce che tutti i fiumi e torrenti siano o non navigabili od atti al trasporto di legnami sono di pertinenza demaniale, ma vuole che abbiano un carattere di utilità generale o per la navigazione o per la fluitazione o per l'irrigazione. A tale opinione accede con poche modificazioni il Giorgi, *Pers. Giur.*, III, 157. Secondo il Ratto in un suo diligentissimo studio, *Carattere ed enumerazione delle acque demaniali*, pubblicato nella *Legge*, 1893, 1, n. 1 e 2, il fiume deve avere questi caratteri fisici e geologici, che sono quelli insegnati dal Turazza nel suo trattato d'idraulica: stabilità di portata, oscillazioni intorno alla portata media in un anno non grandissime e sufficientemente regolari, piene lente e durature, pendenza piccola, non maggiore di 0,001, letto in sabbia e terra non molto ampio in paragone della portata, alveo stabilito, o almeno non soggetto che a variazioni assai lente; — ed inoltre i caratteri legali d'utilità generale o per la navigazione o per l'industria e di necessità della tutela e dell'amministrazione pubblica. E il torrente questi caratteri fisici: grande variabilità di portata, piene repentine, altissime, e di breve durata, grande pendenza, non minore di 0,02, letto di ghiaia e ciottoli, ampio instabile. Il torrente, sempre ad avviso del Ratto, è come in diritto romano essenzialmente un corso d'acqua intermittente.

(1) È molto controverso se oltre alle acque demaniali sia da ammettersi un'altra categoria di acque, che sarebbero non demaniali, ma pubbliche. I limiti di questo mio lavoro m'impediscono di esaminare la questione, sulla quale si potrà utilmente consultare la citata monografia del Ratto. Del resto la distinzione tra cose demaniali e cose pubbliche non ha influenza sulla materia della prescrizione, perchè è ammesso anche da coloro, che l'accettano, che le cose pubbliche sono imprescrittibili.

coli dei rivieraschi. L'opinione del Mazzoni è divisa dal Ricci (1), il quale parlando dei piccoli fiumi e torrenti così scrive: " Se l'acqua che in esso scorre, benchè non perenne, abbia tale importanza da essere suscettibile di una destinazione di pubblica utilità, riteniamo che il medesimo appartenga al Demanio Pubblico, in caso diverso esso è proprietà dei frontisti, che possono servirsene in loro uso e vantaggio " (2).

Le argomentazioni di questi scrittori sono certamente ingegnose ma non valevoli a far accogliere ed approvare la loro opinione. Non è lecito nè ragionevole dalla circostanza che il legislatore ammette l'esistenza di torrenti con un volume di acqua rilevante ed atto ai grandi servizii, desumere che egli ha voluto escludere dal disposto dell'art. 427, ove si parla indistintamente di torrenti, tutti quelli che non presentano i caratteri anzidetti. Ciò è tanto meno lecito, in quanto che volgarmente si chiama torrente quel corso d'acqua, spesso non perenne, e di esiguo volume, che diviene considerevole solo per abbondanti pioggie o per lo squagliarsi delle nevi.

Il legislatore conosceva l'acre lite che si dibatteva fra i giuristi francesi (3) sulla pertinenza dei corsi d'acqua non navigabili o fluitabili, e per eliminarla nell'art. 427 del Cod. civ. ascrisse al Demanio tutti i fiumi e torrenti senza distinzione alcuna. E si vorrebbe farla risorgere e anzi sotto un aspetto più grave? Perchè in fin dei conti l'attitudine alla navigazione ed al trasporto è una cosa certa o facilmente accertabile, laddove i criteri proposti dal Mazzoni e dal Ricci sono vaghi ed arbitrarii. Invero la quantità d'acqua, l'eccedenza ai bisogni dei rivieraschi, l'attitudine a servizii di generale vantaggio sono cose troppo contingibili e mutabili. Il numero enorme di piccoli fiumi e torrenti, che abbiamo in Italia, non sarebbe più soggetto al principio certo della demanialità, ma ad un apprezzamento indeterminato, e fecondo di gravi e forse disastrose conseguenze. Tengo dunque per fermo che tutti i corsi di acqua naturale, perenni o non, con ricco o povero volume di acqua

---

(1) Vol. II, n. 48.

(2) Il Romagnosi (*Condotta delle acque*, I, pag. 54, ed. 1833, Firenze) insegnava che il criterio per distinguere i corsi d'acqua di ragione pubblica da quelli di ragione privata dovesse unicamente desumersi dalla loro attitudine alla navigazione ed al trasporto; e si dovesse sottintendere non ostante il silenzio del legislatore. Ed egli veramente lo sottintendeva nel Codice austriaco allora vigente, che aveva un disposto consimile a quello del nostro Codice. Lo stesso concetto è accolto in una sentenza della C. C. Roma, 24 giugno 1876, *Legge*, 1876, 1, 823.

(3) Troplong, *Prescr.*, n. 145 e segg.

quando siano denominati fiumi o torrenti cadono sotto il disposto dell'articolo 427 Codice civile (1). Ne sono esclusi solo quei minimi corsi che hanno un volume di nessun rilievo, un corso brevissimo, che si gettano a poca distanza dalla sorgente in altri più grandi, quelli insomma che comunemente chiamansi rivi o ruscelli.

Questi sono i corsi d'acqua di cui dispone l'artic. 543 del Cod. civ., ascrivendoli alla ragion privata. Certamente un criterio preciso non si può dare; la distinzione netta tra i torrenti minimi ed ancora demaniali ed i ruscelli non fu ancora e non potrà forse esser segnata. È il caso di ripetere con Giuliano: *Quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi potest* (2). Praticamente possono anche valere i criterii insegnati da Ulpiano nel Fr. 1, § 1, *de fluminibus*, 42, 12: *Flumen a rivo magnitudine discernendum aut existimatione circumcolentium* (3).

Il definire se un corso d'acqua sia di ragion privata ovvero costituisca un torrente e quindi faccia parte del Demanio Pubblico rientra nella giurisdizione dei Tribunali ordinarii per espresso disposto dell'articolo 25, della Legge 10 agosto 1884, n. 2644 (4).

Giova ancora notare che i fiumi ed i torrenti attingono la loro giuridica natura di beni demaniali dalla legge e non dalla dichiarazione che far ne deve l'Autorità Amministrativa. E ben disse la C. C. Torino (5): " I fiumi ed i torrenti sono creati dalla natura

---

(1) Confor. Parere Consiglio di Stato, 22 febbraio 1862, *Racc.*, XIV, 3, 143.

(2) Fr. 13, D. *de solutionibus*, 46, 3.

(3) Lo stesso concetto fu adottato dal MANTELLINI: " Per l'art. 427 del Cod. civ. formano parte del pubblico demanio i fiumi e torrenti, ma nè in quello nè in altro articolo del Codice civile, si ha definita l'acqua pubblica, o distinto il fiume dal torrente, il torrente dal rivo. La distinzione s'insegna dal testo romano, dove si chiama fiume il corso di acqua che scorre d'estate e d'inverno, torrente, che scorre solo in inverno, e il rivo si distingue dal torrente per la grandezza, *magnitudine* e per l'opinione del vicinato, *circumcolentium* (Leg. 1, §§ 1 a 4, ff. *de fluminibus*). *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1883*, *Legge*, 1884, II, 285.

(4) C. C. Roma, 19 aprile 1880; 13 marzo 1882; 12 febbraio 1887. *Legge*, 1880, II, 227; 1882, 2, 441; 1887, 1, 440. Credo opportuno riportare l'art. 25 della Legge 10 agosto 1884: " Per cura del Ministero dei Lavori pubblici saranno formati gli elenchi delle acque pubbliche nel territorio di ciascuna Provincia del Regno, e gli elenchi stessi saranno pubblicati in tutte le Provincie interessate nel corso d'acqua.

" Gl'interessati avranno diritto di presentare entro un termine di tre mesi i loro reclami.

" Gli elenchi verranno approvati per Decreto reale sentiti i Consigli Provinciali delle Provincie interessate nel corso d'acqua, il Consiglio dei Lavori pubblici ed il Consiglio di Stato e salvo in caso di controversia la competenza del Potere giudiziario ".

(5) Sentenza 23 dicembre 1886, *Legge*, 1887, 1, 451.

e non dalla legge o dalla pubblica Amministrazione: ma è la legge e non la pubblica Amministrazione che ai fiumi e torrenti attribuisce carattere di cosa di Demanio Pubblico. L'atto amministrativo non fa che accertare lo stato di fatto, dal quale sorge la condizione di diritto; la qualità di fiume o di torrente e loro pertinenza di Demanio Pubblico già preesistevano all'atto amministrativo che nulla ha creato nè ha potuto creare „. Alle quali premesse è conseguente che l'atto amministrativo, il quale dichiara demaniale un corso d'acqua, non è un decreto di espropriazione per causa di pubblica utilità, e non dà ragione d'indennizzo a coloro che prima si servivano in loro privato vantaggio di quelle acque. Quel corso era demaniale *ope legis* anche prima che la pubblica Amministrazione tale solennemente lo dichiarasse e come tale lo iscrivesse negli elenchi prescritti dalla citata Legge 10 agosto 1884. Come demaniale non era suscettivo di privata proprietà; era inabile a qualsiasi acquisto di diritto per prescrizione. L'atto amministrativo non offende alcun diritto, che debba essere risarcito; al contrario fa cessare gli abusi e le violazioni della legge, e rivendica i diritti dello Stato. Così, e giustamente giudicava la C. C. Torino nella mentovata sentenza. Nè in questa guisa i privati interessi sono rimessi all'arbitrio del Potere Amministrativo. Loro provvede l'articolo 25 della Legge 10 agosto 1884, coll'autorizzare gl'interessati a presentare i loro reclami tanto nella via amministrativa quanto nella giudiziaria.

41. — La demanialità del fiume si estende anche alle ripe ed all'alveo? La questione, come giustamente venne rilevato (1), non ha importanza pratica rispetto alla usucapione, perchè sull'alveo non si può concepire e sarebbe per di più vietato ogni atto di possesso individuale. Tuttavia per la sua grande importanza, parmi conveniente dirne poche parole. Gajo (2) scrisse che l'uso delle rive è pubblico, ma che la proprietà è dei rivieraschi. Celso e Pomponio (3) insegnarono la stessa massima riguardo tanto alle rive quanto all'alveo; e Nerazio (4) ne deduceva che col fabbricare un edificio sulla riva non se ne acquista la proprietà.

La questione sulla pertinenza delle rive e dell'alveo si agita vivamente nella scuola e nel fòro. La C. C. Torino (5) professò recisamente l'opinione che secondo il Codice civile italiano l'alveo dei

(1) Mirabelli, op. cit. 223.
(2) Fr. 5, D. *de div. rer.*, 1, 8.
(3) Fr. 30, § 1, D. *de a. r. d.*, 41, 1.
(4) Fr. 15, D. *de a. r. d.*
(5) 20 febbraio 1879, *Legge*, 1879, I, 793, e 22 gennaio 1895, *G. T.*, 1895, 129.

fiumi e torrenti devesi tenere come cosa pubblica al pari dell'acqua di cui forma un accessorio. A sostegno di questa opinione la Corte Torinese invocò l'art. 427 del Cod. civ. il quale dichiara demaniali i fiumi ed i torrenti senza distinguere tra acqua ed alveo, e fece ricorso alla considerazione che l'art. 461 Cod. civ., il quale attribuisce il letto essiccato ai confinanti è scritto nella sezione intitolata: *del diritto di accessione relativamente alle cose immobili*; il che significa che il privato acquista e non soltanto ricupera per lo sgombro delle acque il suolo già prima spettantegli. Nella stessa sentenza sono andate la C. A. e la C. C. di Firenze e la C. A. Genova (1). Quella contraria venne propugnata dalla C. C. Palermo (2), la quale osservò che l'acqua è l'elemento sostanziale del fiume e sempre di pubblica ragione, e che le rive e l'alveo, eminentemente mutabili, sono di privato dominio, e soggette alla servitù del pubblico uso, e trasse un argomento *ad absurdum* dall'esser assegnate ai frontisti le alluvioni e l'alveo abbandonato.

Quest'ultima opinione a me pare da accogliersi. Certo il testo di legge a prima vista sembra contrario. L'art. 427 Codice civile dice demaniali i fiumi ed i torrenti, senza distinguere tra l'acqua fluente ed il letto e le rive entro cui fluisce; ed un fiume senza letto e ripe non è pur immaginabile. Ma è vero eziandio che ciò che è importante di un fiume è l'acqua; essa serve alla navigazione ed al trasporto, essa ai bisogni dei campi e degli opificî, essa è tremenda quando cresce per subite impetuose pioggie o per sciogliersi di nevi e straripa ed inonda le campagne e gli abitati. L'art. 427 non aveva dunque bisogno di distinguere, perchè la distinzione era già imposta dalla natura delle cose: avrebbe dovuto invece dichiarare la volontà di ascrivere al Demanio l'alveo e le ripe. Men seria è l'altra obbiezione desunta dalla posizione topografica dell'art. 461. L'art. 429 Cod. civ. dispone che i beni demaniali, cessando dall'uso pubblico, passano al patrimonio dello Stato; invece l'alveo essiccato si divide fra i fronteggianti. L'art. 461 è scritto nella sezione in cui si tratta dell'accessione, perchè esso comprende anche il caso in cui si acquista per accessione, il quale si verifica quando il fiume lascia in secco oltre alla metà del suo letto. Aggiungasi che la demanialità non si può ammettere se non in forza di un testo di legge, o *per la intrinseca natura* della cosa stessa. Qui manca tanto l'una, quanto l'altra ragione. Ai pubblici

(1) 27 febbraio 1879; 3 febbraio 1880; 2 febbraio 1883; *Legge*, 1880, 1, 295 e 397; 1883, 2, 712.

(2) 22 novembre 1884, *Legge*, 1885, 2, 381.

bisogni abbastanza provvede la servitù del pubblico uso imposta sul letto e sulle ripe (1).

Occorre determinare qual'è l'altezza della riva. Ciò è specialmente importante se si accoglie l'opinione che l'attribuisce al Demanio. Seguendo senza riserva i concetti sanciti dai Fr. 1, § 5 e 3, § 2, *de Fluminibus*, ritengo che la riva è quella parte che dal piano

(1) Nello stesso senso RICCI (vol. II, n. 49); Contra BIANCHI, IX, parte 1ª, pag. 498 e segg., dove la questione è ampiamente trattata; GIORGI, *Pers. Giur.*, III, n. 166. Il prof. SCIALOJA in un suo lavoro pubblicato nella *Legge*, 1883, 2, 786, distingue tra rive ed alveo, quelle ammette essere di privata ragione, questo virilmente sostiene costituire una proprietà demaniale. I principali argomenti che adduce sono questi: secondo l'art. 457 del Cod. civ. le isole nate nei fiumi navigabili appartengono allo Stato e non ai frontisti di cui dovrebbero essere, se l'alveo fosse compreso nel loro dominio: l'art. 228 della Legge sui lavori pubblici dispone " che non sarà dovuto alcun compenso per la occupazione degli alvei delle acque pubbliche ". A questi argomenti rispondo che nessun criterio decisivo può trarsi dall'art. 457, il quale è informato a motivi di ordine e vantaggio generale; e che d'altronde se questo articolo poco si giustifica nella nostra teorica, meno ancora si giustifica il 458 nella contraria, e che l'art. 228 della Legge sui lavori pubblici non ha attinenza alcuna colla presente controversia. Gli alvei delle acque pubbliche ivi menzionati, siano essi di pubblica o di privata ragione, sinchè sono coperti dalle acque, sono terreni soggetti alla servitù del pubblico uso, e che intanto non dànno alcun utile ai frontisti, i quali non hanno di conseguenza alcun diritto di risarcimento. Tant'è che lo stesso articolo aggiunge: " salve però le reintegrazioni che potessero nei casi speciali essere necessarie per restituire a tali proprietà l'attitudine alla propria naturale destinazione, e salva la conservazione ed il conveniente trasferimento delle servitù, che potrebbero trovarvisi stabilite con legittimo titolo ". Il PERSICO (*Principii di D. Amm.*, vol. II, pag. 25), pensa che l'alveo è pubblico. Un'opinione, che si discosta nei suoi fondamenti teorici da ogni altra, è quella stata recentemente sostenuta dal RATTO nella monografia più sopra citata. A suo avviso l'alveo delle acque demaniali appartiene allo Stato, come è dichiarato all'art. 228 Legge sui lavori pubblici, ma costituisce non una proprietà demaniale, bensì una proprietà patrimoniale pubblica. Non è demaniale, perchè è un terreno per forza maggiore improduttivo, e non capace di quello speciale rapporto d'*imperium*, che costituisce la demanialità; è proprietà pubblica, perchè è un bene d'uso limitato per la destinazione, e perchè esige tutela e sorveglianza. Questo modo di considerare l'alveo risente dello stesso vizio, di cui è infetta tutta la teorica, a cui fa capo: è soverchiamente artificioso, e qualunque sia il valore del principio astratto da cui dipende la triplice distinzione, esso non ha base nel diritto positivo. Le espressioni usate nella Legge dei Lavori pubblici hanno la loro importanza; non sarò io a negarla; ma parmi certo che le distinzioni dei beni e le loro caratteristiche bisogna andarle a cercare nel Cod. civ. dove è la sede della relativa disciplina. Del resto senza alcuna necessità di creare per l'alveo una qualità speciale, quando non lo si voglia ritenere come proprietà demaniale, basta di ritenerlo come proprietà privata gravata da servitù pubblica e soggetta alla vigilanza dell'Autorità amministrativa. Le esigenze pratiche sarebbero ugualmente soddisfatte.

comincia a declinare fino all'acqua, e che la sua altezza è determinata dal massimo ordinario ingrossamento (1).

42. — Una dottrina, comunemente accettata, insegna che non tutta l'acqua del fiume è demaniale ed imprescrittibile, ma solo quella parte che occorre al pubblico uso. Tale dottrina ebbe uno dei primi e più strenui campioni nel grande Romagnosi, che aveva scritto doversi distinguere nel fiume l'acqua disponibile dalla non disponibile; la commerciabile dalla non commerciabile. La disponibilità comincia dove cessano i pubblici bisogni, a cui è destinata l'acqua del fiume. Il di più che rimane, dice egli, diventa *legalmente demaniale* (2), e non più di stretto uso pubblico. Ed alla difficoltà pratica che poteva sollevarsi come grave obbietto alla distinzione da lui immaginata ecco come risponde: " Se materialmente ed ocularmente fare non si può questa separazione, considerando la massa del fiume nella sua attuale esistenza e consistenza, essa però può essere fatta intellettualmente e coll'uso. Ciò stante ognun vede che se a primo tratto pare che si vogliano accoppiare ragioni incompatibili, ciò in pratica non si verifica nè punto, nè poco. Ne volete voi una prova ulteriore? Tutti i regolamenti parlano di concessioni della presa d'acqua di un fiume pubblico, e perchè ciò? Appunto perchè fare si può la separazione di cui parlo qui ". Poste tali premesse, il Romagnosi giunge ad ammettere una presunzione di legittima concessione in favore di chi provi aver usato dell'acqua da un tempo immemorabile. La presa non cadrebbe in questo caso sull'acqua *di uso pubblico*, ma unicamente su quella *di pertinenza pubblica*, disponibile e commerciabile, come ogni altro bene libero e patrimoniale (3). La dottrina propugnata dal Romagnosi trovò favore presso i nostri Tribunali. La C. C. Roma l'accoglieva nella

---

(1) Conforme Fr. 3, § 2, D. *de fluminibus:* " Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet ". Quando pure si vogliano ritenere appartenenti al pubblico demanio le ripe, parmi accoglibile la distinzione tra ripe esterne, quelle cioè che contengono il fiume, e che sarebbero di privata proprietà, e ripe interne, che sono gli estremi limiti dell'alveo e sono contenute nel fiume, e che sarebbero esse sole di demanio pubblico. Vedi in questo senso Bianchi, IX, parte 1ª, pag. 513 e 517. Eccettochè si pensi, ciò che a me sembra il più ragionevole, che le così dette ripe interne non siano che una parte integrale dell'alveo, il che posto, le ripe nel vero loro significato sarebbero esclusivamente le esterne.

(2) È appena necessario di osservare che il Romagnosi usava la parola demaniale nel senso francese: cioè a significare che una cosa appartiene al Patrimonio dello Stato.

(3) *Condotta delle acque*, parte I, libro I, capo I, sezione I, § 10.

sua sentenza delli 24 giugno 1876 (1), ove proclamava " che quell'acqua che sopravanza dall'uso pubblico, che viene concessa e destinata ad usi privati, diviene assoggettata all'imperio della legge civile ". E ribadiva in posteriori sentenze lo stesso concetto, il quale fu pure accettato da altre Corti (2). Tale dottrina è stata adottata dal nostro Codice, il quale, agli art. 613 e 614, fa menzione di *quelli che hanno diritto di derivare acque dai fiumi e torrenti;* dall'art. 132 della Legge sui lavori, ed infine dalla Legge 10 agosto 1884, la quale espressamente fece della prescrizione ordinaria un modo di acquistare il diritto a derivazioni da acque pubbliche.

Ma giova rilevare che la dottrina del Romagnosi non venne accolta così come egli l'aveva professata. Egli, dopo d'aver delineato la distinzione tra acqua disponibile e acqua indisponibile del fiume, insegnava che solo la immemoriale nella sua funzione presuntiva di una legittima concessione del Sovrano, di cui si è attualmente perduta la memoria, può bastare all'acquisto del diritto; ma negava recisamente che l'usucapione ordinaria possa avere un tale effetto, e combatteva anzi il Pecchio che appoggiandosi sulla L. 4, C. *de aquaeducto*, 11, 42, aveva ritenuto valido un tal mezzo di acquisto (3). I patrii Tribunali seguivano la stessa dottrina, ammettendo cioè l'acquisto per mezzo della immemoriale, ma respingendo il possesso trentennario (4). Se non che le Leggi delli 15 maggio e 10 agosto 1884, concernenti appunto i diritti che si possono acquistare sopra acque pubbliche, hanno *disertis verbis* sancito l'efficacia del possesso trentennario (5). Parmi che la risoluzione consacrata

---

(1) *Legge*, 1876, 1, 823.

(2) C. C. Roma, 28 dicembre 1883 e 27 maggio 1886, *Legge*, 1884, 1, 290; 1886, 2, 509. C. A. Torino, 25 luglio 1883, *Legge*, 1884, 1, 748. C. C. Torino, 16 marzo 1883, *Legge*, 1883, 2, 301, e 31 gennaio 1887, *G. T.*, 1887, 171. Ma la C. C. Torino con posteriore sentenza, in una specie, in cui pretendevasi avere acquistato col diuturno possesso il diritto di escavar sabbia nel letto del fiume, rispose non bastare il possesso per quanto lungo, opponendosi all'acquisto la natura demaniale dell'alveo. Sent. 28 febbraio 1887, *G. T.*, 1887, 185.

(3) Op. cit., parte I, lib. I, cap. I, § 9. Piacemi qui riferire le sue parole: " Per lo contrario assoggettare un diritto veramente pubblico alla prescrizione delle cose private, egli è un sovvertire tanto le leggi di ragione quanto quelle di positiva autorità ripetutamente inserite e solennemente proclamate nel Codice stesso Giustinianeo ".

(4) Vedi sentenze C. C. Torino, 16 marzo 1883, *Legge*, 1883, 2, 301 e 8 febbraio 1887, *G. T.*, 1887, 185.

(5) Credo opportuno riportare gli art. 1 e 24 della Legge 10 agosto 1884, i quali si riferiscono alla materia qui trattata.

Art. 1. " Nessuno può deviare acque pubbliche, nè stabilire su queste mulini

da queste leggi sia del tutto ragionevole. Il Romagnosi respingeva la prescrizione ordinaria, stimando trattarsi di materia riservata al Principe. Ma nel raziocinio havvi contraddizione. La separazione immaginata dal grande Scrittore fa sì che l'acqua disponibile appartiene al Patrimonio dello Stato, ed è soggetta all'imperio della Legge Civile. L'efficacia dell'usucapione è una conseguenza del principio stabilito dall'art. 2114 Cod. civ. (1).

Occorre infine notare che i diritti acquisiti per via di usucapione sulle acque pubbliche sono revocabili, ogni qualvolta vengano in contrasto con un bisogno generale. Ciò che del resto è un corollario del principio che anche le legittime concessioni possonsi revocare ogni qualvolta sopravviene " una reale incompatibilità di fatto tra il beneficio del privato e l'uso o la necessità pubblica ", come dice il Romagnosi (2). Tale corollario è pienamente approvato dalla Patria Giurisprudenza (3).

L'acquisto fatto per usucapione dovendosi equiparare ad una concessione a titolo oneroso, segue che l'espropriazione darà diritto al risarcimento.

42bis. — Debbonsi annoverare tra i beni demaniali anche i grandi

---

ed altri opifizii, se non ne abbia un titolo legittimo, e non ne ottenga la concessione dal Governo, la quale è assoggettata al pagamento di un cànone ed alle condizioni stabilite dalla presente legge ".

Art. 24. " Per gli effetti dell'art. 1° della presente legge il possesso trentennario, anteriore alla promulgazione di essa, avrà in ogni caso nei rapporti col Demanio valore ed efficacia di titolo ".

Non sono alieno dall'ammettere col Pacelli, *Acque pubbliche*, n. 96, che l'articolo 24, legge 10 agosto 1884, contenga una disposizione di diritto transitorio. La lettera del testo rende più che probabile un tal modo d'interpretarlo; e d'altra parte la natura affatto eccezionale e difforme dai principii del contenuto della disposizione rende obbligatoria la interpretazione restrittiva. Col Pacelli sembra concordare il Giorgi, *Pers. Giur.*, III, 176, sebbene non prenda in diretto esame la questione. Tuttavia, anche concesso che l'art. 24 predetto sia di diritto transitorio, non cessa di esser vera la osservazione da me fatta, circa la discrepanza tra la dottrina tradizionale ed il concetto accolto nelle Leggi dell'84.

(1) La Legge 15 maggio 1884, n. 2503, ha estesa l'efficacia del possesso trentennario all'acquisto del diritto di pesca nei fiumi col conseguente *jus prohibendi*. La C. C. Torino colla citata sentenza 8 febbraio 1887 (*G. T.*, 1887, 185), proclamava che la possibilità dell'acquisto è ristretta ai soli diritti determinati nelle succitate Leggi del 1884, all'infuori dei quali il possesso per quanto lungo è inefficace.

(2) *Condotta delle acque*, parte I, lib. I, § 10, pag. 48.

(3) C. C. Roma, 29 ottobre 1878; C. A. Ancona, 7 febbraio 1880; C. C. Roma, 28 dicembre 1883, *Legge*, 1879, 1, 144; 1880, 2, 319; 1884, 1, 290.

laghi, come quelli di Garda, di Como, il lago Maggiore, ecc. La loro attitudine alla navigazione, la immane quantità di acqua che contengono, la grande influenza che esercitano sullo sviluppo dei commerci e delle industrie, suppliscono al silenzio della legge. Sarebbe veramente strano che fosse demaniale l'ultimo fiumiciattolo d'Italia, e nol fosse invece il lago di Garda (1).

L'art. 427 Cod. civ. non fa parola dei canali appartenenti allo Stato; onde parrebbe che si dovessero riporre fra i beni patrimoniali. Ma è massima, se non concordemente accettata, per certo di gran lunga prevalente in dottrina e giurisprudenza, che l'art. 427 contiene un'enumerazione non tassativa, ma dimostrativa, o ad ogni

---

(1) Anche le Costituzioni sarde del 1770 nell'enumerazione dei diritti regali tacevano del Lago Maggiore; e del pari nessun cenno ne fece il Codice Albertino.

Il silenzio del legislatore ha fatto sorgere la più grande varietà di opinioni. Coloro, che veggono nell'art. 427 Cod. Civ. una disposizione tassativa, negano il carattere demaniale dei laghi o grandi o piccoli, ad eccezione di quelli, che rientrano in alcuna delle categorie indicate nell'art. 427. Ciò è logico; non essendo possibile di supporre che il legislatore siasi dimenticato dei laghi, mentre se ne era occupato in parecchi luoghi della Legge sui LL. PP. di poco anteriore, e mentre i laghi vengono menzionati in altri articoli del Codice. Così il Ratto nella monografia più volte citata (*Legge*, 1893, 1, 71) afferma che sono demaniali soltanto i laghi, che fanno parte di un sistema fluviale, perchè in tal caso altro non sono che fiumi dilatati.

Pur non aderendo a questo modo di risolvere il problema, reputo necessaria una distinzione tra laghi e laghi, poichè lo stesso Codice civ. (art. 455) espressamente accenna a laghi di privata proprietà. Il Dionisotti (Op. cit., p. 46) ritiene demaniali, oltre ai laghi facienti parte di un sistema fluviale, anche quelli che non ricevono acque correnti, ma hanno un emissario, ogni qual volta questo ha il carattere di corso d'acqua demaniale. Il Pacifici-Mazzoni (Distinzione dei beni, n. 75), distingue i grandi laghi che esercitano un'influenza sulla navigazione, sul commercio, sull'industria, da quelli che non possono esercitare veruna influenza di cotal genere: i primi sono di pubblica, i secondi di privata ragione. A questa opinione accedono il Borsari, § 835, Corte App. di Torino, 28 agosto 1895, *G. T*, 1895, 754; C. C. Torino, 14 agosto 1896, *Legge*, 1896, 2, 443. Il Bianchi, IX, parte 1ª, pag. 536 e segg. appoggiandosi in ispecie sull'art. 93, Legge sui LL. PP. ascrive al demanio i soli laghi navigabili.

A mio giudizio, la demanialità del lago deve costruirsi coi criterii stabiliti dal Codice civile, poichè ogni altro non avrebbe per risultato che un sistema arbitrario, difforme da quello voluto dal legislatore. Così penso che in applicazione della letterale disposizione dell'art. 427 Cod. civ., siano demaniali tutti i laghi che fanno parte di un sistema fluviale, e cioè, secondo il giusto insegnamento del Dionisotti, tanto quelli che ricevono ed emettono acque pubbliche, quanto quelli che hanno semplicemente un emissario, che costituisce un corso d'acqua demaniale. E penso che sono eziandio demaniali tutti quegli altri laghi, che per la grande massa d'acqua che raccolgono, sono o possono essere destinati ad un uso pubblico in qualunque forma, essendo la destinazione all'uso pubblico la caratteristica dei beni demaniali.

modo un'enumerazione di tipi (1) e non di oggetti specifici; laonde la mancanza di un'espressa menzione dei canali dello Stato non può reputarsi un sufficiente motivo di negare ad essi il carattere di beni demaniali. Le opinioni, tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza, sono disparatissime. Il Pacifici-Mazzoni (2) e la C. C. Torino (3) stimano che i canali fanno parte del patrimonio dello Stato; il Giorgi (4) condivide questa opinione, ma insegna che sono beni indisponibili; ed il Gianzana (5), pur accettandola, ne eccettua quelli inservienti al pubblico uso o della navigazione, o della difesa di una fortezza. Il Bianchi (6) e il Ratto (7) ascrivono al Demanio pubblico i soli grandi canali, " coordinati ad un sistema di navigazione ", di cui è cenno nell'art. 93 della Legge sui LL. PP. Il Borsari (8), facendosi forte dell'art. 1, lett. *e* della stessa legge, reputa demaniali tutti i canali tanto di navigazione, quanto d'irrigazione a beneficio pubblico; così pure la C. A. Milano (9) ha giudicato che tutti i canali navigabili sono di ragion pubblica demaniale. Il Dionisotti (10) si è spinto anche più in là, ed ha opinato che tutti i canali appartenenti allo Stato sono da ascriversi al Demanio nazionale.

Quest'ultima opinione è da approvarsi, poichè tutti i canali di proprietà dello Stato, essendo formati con acque derivate dai fiumi, torrenti e laghi, fanno parte del pubblico demanio. Queste acque sono un bene demaniale; ed esse non perdono il loro carattere se non quando, nei modi preveduti dal Codice civile o dalle leggi speciali, passino in proprietà privata o cessino di essere destinate all'uso pubblico. Ma nella ipotesi non si verifica nè l'uno, nè l'altro evento; l'acqua rimane anche dopo la sua immissione nel canale di proprietà dello Stato, nè la sua immissione nel canale, all'intento di renderla sempre più acconcia a quegli scopi di generale beneficio cui è naturalmente destinata, può ritenersi come un mezzo di far cessare la destinazione all'uso pubblico, che invece si vuole agevolare. Dunque non vi ha alcun giuridico motivo di attribuire alle acque demaniali

---

(1) RANELLETTI, *Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio; Legge*, 1892, 2, 244 e segg. Infra n. 43[bis].
(2) Op. cit., n. 75.
(3) 31 dicembre 1894, *Legge*, 1895, 1, 620.
(4) *Pers. Giur.*, II, 117.
(5) *Acque*, vol. I, parte I, pag. 38.
(6) IX, parte I, pag. 532 e segg.
(7) Monografia citata, *Legge*, 1893, 1, 71.
(8) § 835.
(9) 26 settembre 1871, *G. T.*, 1872, 143.
(10) *Servitù delle acque*, n. 65.

defluenti nel canale una natura diversa da quella che avevano quando decorrevano nel fiume o nel torrente. L'elemento più importante, se anche non l'unicamente demaniale, del fiume è l'acqua che in esso scorre, come quella che serve alla navigazione, all'irrigazione, a far muovere i meccanismi degli opifizi. Che importa che essa scorra in un letto scavatosi da sè, e si chiami fiume o torrente, oppure in un alveo scavato dalla mano dell'uomo, e si chiami canale?

Convengo quindi col Troplong che nessuno potrebbe aprire emissari nel letto del canale, introdurvi acque di acquajo, od in genere farvi altri atti contrarî al pubblico servizio. Viceversa sarà a ciascuno, *uti civis*, permesso di esercitare sulle acque e sulle sponde del canale tutte quelle servitù, a cui naturalmente si adatta un luogo pubblico, purchè non siano incompatibili coll'uso e coi diritti degli altri cittadini.

Si domanda: se le concessioni perpetue od almeno a lungo tempo dei pubblici canali fatte dallo Stato a privati ne mutino la natura e la condizione giuridica. Il Troplong, attenendosi ad una decisione della Corte di Lione delli 10 febbraio 1831, opina che la concessione non muti la pertinenza del canale; e che la qualità del proprietario riesca indifferente. " Certamente, dice egli, la proprietà del canale cessa di essere pubblica in virtù della concessione al privato dominio, ma essa è passata in questo con un onere perpetuo stabilito a favore del pubblico. Il diritto di proprietà è capace di divisione, e ciascuno dei suoi smembramenti può avere un carattere proprio. Sia pur privato il dominio diretto, l'uso è sempre pubblico " (1). La risoluzione proposta dal Troplong parmi giusta, ma credo degni di censura gli argomenti da lui addotti a giustificarla. Il canone inconcusso di giure, che la proprietà è capace di quegli smembramenti, i quali costituiscono i *jura in re aliena*, non ha attinenza alcuna colla proposta questione. Nel caso non vi sarebbe la costituzione di un diritto reale, ma un preteso onere a favore di tutto il pubblico. La ragione vera, che legittima la nostra opinione, è questa: che la concessione del canale non ne trasferisce nel privato concessionario la proprietà. Se il trapasso si verificasse, cesserebbe evidentemente il carattere d'inalienabilità onde si distinguono le cose demaniali. La contraddizione è flagrante. Non adunque una vera proprietà, come pretendeva il Giurista francese; neanche un diritto *sui generis*, od una quasi-proprietà, come voleva il Mazzoni, la quale non si sa che cosa sia, e riesce una nozione vaga, non suscettiva di determinazione per difetto di ele-

(1) *Prescr.*, n. 155.

menti giuridici; ma un puro e semplice diritto personale, come quello attribuito in genere ai conduttori, più o meno ampio, secondo i patti della concessione, revocabile ogni qualvolta diventi incompatibile colle esigenze del pubblico uso, è quello che viene acquistato dal Concessionario.

43. — *Porti, seni di mare, fortezze,* ecc. L'art. 427 del Cod. civile, seguendo le norme dettate dalla Romana Giurisprudenza (1), annovera tra le cose di pubblico uso i porti e i seni di mare.

Demaniali sono eziandio, per espresso disposto dell'art. 427 citato, le porte, mura, fosse e i bastioni delle piazze da guerra.

Sono demaniali le strade nazionali, giusta quanto detta l'articolo 427 Cod. civ., quelle cioè fatte e mantenute a cura dell'Amministrazione Governativa (2). Ed era questo l'insegnamento della Romana Sapienza: *Publicas vias dicimus quas Graeci* Βασιλικὰς, *nostri praetorias, alii consulares vias appellant* (3). Qui ci limitiamo ad accennare il concetto; ci occuperemo poi di proposito delle strade, trattando del Demanio Comunale.

43[bis]. — È vivamente disputato se l'art. 427 Cod. civ. sia tassativo o esemplificativo. Per sostenere che l'enumerazione è tassativa si è detto che il rapporto giuridico insito nelle cose demaniali costituisce una limitazione ai rapporti giuridici, dei quali lo Stato, come rappresentante della università, dev'essere il soggetto, e un'eccezione alle sue funzioni nella società moderna, e che la inalienabilità dei beni demaniali contrasta colla norma generale; si è poi invocato l'art. 428 Cod. civ. (4).

Ma questi argomenti, per quanto gravi, non sembrano sufficienti ad escludere la contraria interpretazione. Il dissidio ha le sue radici nel modo di configurare teoricamente la cosa demaniale; il concetto, che di essa ci formiamo o in un senso o in un altro, con-

---

(1) § 2, I, *de div. rer.*, 2, 1; Fr. 4, § 1. D. *eod. T.*, 1, 8.

(2) A tenore dell'art. 10 della Legge sui Lavori pubblici, sono nazionali:

a) le grandi linee stradali che nel loro corso congiungono direttamente parecchie delle città primarie del Regno o queste coi più vicini porti commerciali di prima classe;

b) quelle che allacciano le precedenti alle grandi linee commerciali degli Stati limitrofi;

c) le grandi strade attraverso le catene principali delle Alpi e degli Appennini;

d) quelle che hanno uno scopo esclusivamente militare.

(3) Fr. 2, § 22, D. *ne quid in loco publico*, 43, 8.

(4) Chironi, nel *Foro It.*, 1889, 1, 579, Idem., Ratto nella *Legge*, 1893, 1, 29 e 1895, 2, 593.

duce a reputare o tassativa o per contro puramente esemplificativa l'enumerazione dell'art. 427. Certo si è però che anche coloro, che ritengono tassative le indicazioni contenute in questo articolo, sono poi costretti ad ammettere la esistenza di certi beni, che, quantunque patrimoniali, hanno in un grado più o meno elevato, le qualità caratteristiche di quelli demaniali. A questa guisa l'enumerazione dell'art. 427 costituisce un circolo chiuso, ma a fianco di essa sorge un'altra famiglia di beni dello Stato, che non si saprebbe più con precisione a quale categoria andrebbero ascritti, e che avrebbe lo scopo di sopperire alla lacuna creata dalla limitazione delle cose demaniali.

L'economia del mio lavoro non mi consente di diffondermi intorno al concetto teorico dell'articolo 427. Basterà il dire che l'estensione del suo contenuto sino ai confini segnati dal principio supremo, che serve a distinguere in astratto le due proprietà dello Stato, non incontra alcun ostacolo nelle idee da me professate. Ogni qualvolta i due termini proprietà dello Stato, come rappresentante della *Universitas*, e destinazione all'uso pubblico, si riuniscono nel medesimo oggetto, ivi abbiamo una cosa demaniale. Nè mi sembra persuasivo l'argomento tratto dalla incommerciabilità dei beni demaniali per far apparire come eccezione la demanialità; poichè la commerciabilità è la norma generale dei beni patrimoniali, e in genere delle private proprietà, e la incommerciabilità è la norma generale dei beni demaniali; l'una e l'altra sono del pari necessarie, perchè ciascuna di quelle due categorie di beni compia la sua funzione nel civile consorzio; e male si avvisa chi considera la incommerciabilità delle cose del pubblico demanio come una eccezione alla regola della commerciabilità, mentre non esistono una regola ed un'eccezione, ma due regole con diversi campi di azione. Infine la locuzione usata dall'art. 428 Cod. civ.: " Qualsiasi altra specie di beni appartenenti allo Stato " è più idonea ad autorizzare l'interpretazione estensiva dell'art. 427 che non ad escluderla.

L'interpretazione estensiva ha ottenuto il massimo favore nella dottrina e nella giurisprudenza, cosicchè si può dire che costituisce una *communis opinio* (1). Così è comunemente ritenuto che le pinacoteche, i musei, le biblioteche, i monumenti nazionali fanno parte del pubblico demanio, e ne costituiscono quel ramo, che viene appellato demanio artistico, archeologico e scientifico (2).

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Distinzione dei beni*, n. 75; Borsari, § 835; Ricci, II, 51; Bianchi, IX, parte 1ª, pag. 459; Ranelletti nella *Legge*, 1892, 2, 244 e segg.; De Cupis, Op. cit., n. 19.

(2) Giorgi, *Pers. Giur.*, III, n. 201 e segg.; De Cupis, Op. cit., n. 20.

Ma grave disputa si è accesa a riguardo dei beni, e specialmente degli stabilimenti e fabbricati, addetti ai pubblici servizi, come i palazzi del Parlamento e dei Ministeri. Gli argomenti messi in campo per negare il carattere demaniale di questi fabbricati sono di due sorta. Si è detto che la caratteristica dei beni del demanio è la loro destinazione all'uso pubblico, il quale è cosa differente dal servizio governativo; e si è invocato l'art. 11 del Regolamento per l'Amministrazione e Contabilità Generale dello Stato (1). A questa dottrina non posso assentire. Certo, perchè una cosa faccia parte del pubblico demanio, dev'essere destinata all'uso pubblico. Ma nè l'art. 429 Cod. civ., dove la caratteristica viene stabilita, nè altri testi di legge dispongono che l'uso pubblico, valevole ad imprimerla, sia soltanto quello accessibile a tutti, individuale, immediato e gratuito. D'altra parte al demanio pubblico sono espressamente ascritti certi beni, di cui l'uso comune è inconcepibile; ciò che avviene del demanio militare. Si è obbiettato che questa categoria di cose demaniali ha caratteri singolari, che la distinguono da tutte le altre; ma la obbiezione avrebbe pur sempre il risultato di far ammettere diverse categorie di beni demaniali, in cui l'uso pubblico presenterebbe una gradazione, che dal punto massimo dell'uso comune a tutti i componenti della collettività discenderebbe al punto minimo esclusivo dell'uso istesso. La dizione adoperata nella legge — uso pubblico — non sembra significare l'uso di tutti singolarmente, ma un uso a favore, a vantaggio del pubblico, della *universitas*. Ora un uso pubblico, così inteso, manca egli quando quella data cosa è il mezzo con cui si compie dallo Stato, nell'esercizio della sovranità, una funzione d'interesse generale, che esso ha l'obbligo di attuare? Si può seriamente dire che l'edificio addetto alla amministrazione della giustizia, all'attuazione della funzione legislativa, non servano ad un uso pubblico? (2). Se il pubblico non se ne serve direttamente, se non ne ha un godimento immediato, ciò non toglie e non scema neppure l'uso pubblico insito nell'esercizio della funzione pubblica. Uso pubblico non è uso del pubblico; e confonde l'una cosa coll'altra chi richiede il godimento immediato e individuale per parte di ciascuno dei componenti la *universitas*.

Poca importanza ha a sostegno della contraria opinione l'art. 11 del Regolamento di contabilità generale. Come fu esattamente rilevato dal Bianchi, questo regolamento ha lo scopo di dettare norme

---

(1) Giorgi, Op. cit., II, 119; Ranelletti, loc. cit.

(2) Pacifici-Mazzoni e Ricci, loc. cit.; Giriodi, *Il Comune nel Diritto civile*, n. 30; C. C. Firenze, 16 dicembre 1889 e 19 marzo 1900, *Foro It.*, 1890, 1, 415; *Legge*, 1900, 1, 728.

amministrative e contabili pei beni dello Stato, non di fissare le loro distinzioni a rigore dei principî scientifici. D'altro canto se l'art. 11 del Regolamento dovesse valere per far includere nei beni patrimoniali gli edificî addetti ad un servigio governativo, per parità di ragione l'art. 8 dovrebbe far escludere dai beni demaniali i musei, le pinacoteche, le biblioteche.

In conformità di queste idee ritengo di spettanza demaniale anche i mobili che arredano i locali di uso pubblico, e che sono del pari che il fabbricato necessarii per l'adempimento del pubblico servizio (1).

Ma, per quanto propenso ad accettare l'interpretazione estensiva dell'art. 427, non parmi di poterla spingere fino al segno, da comprendervi anche le strade ferrate di proprietà dello Stato (2). Non già che in esse faccia difetto la destinazione ad un uso pubblico, ma perchè questa qualità è in esse sopraffatta da altre incompatibili assolutamente coi caratteri essenziali ed indefettibili della cosa demaniale. Le strade ferrate sono invero beni redditizî, dovendosi considerare non come semplice tassa, ma come un vero e proprio corrispettivo il compenso che il cittadino paga per valersene; sono oggetto di speculazioni industriali e possono essere e sono spesso materia di operazioni finanziarie; il loro valore è spesso rappresentato da obbligazioni commerciabili, che sono gettate sui mercati internazionali e diventano materia di operazioni di borsa. A ciò si aggiunga che dal confronto tra l'art. 427 Cod. civ. e gli art. 10 e 11 Legge sui LL. PP. emerge che le strade nazionali indicate nell'art. 427 non comprendono le ferrovie (3).

43ter. — L'art. 429 Cod. civ. dispone: I terreni delle fortificazioni o dei bastioni delle piazze da guerra, che più non abbiano tale destinazione, e tutti gli altri beni, che cessino di essere destinati all'uso pubblico od alla difesa nazionale, passano dal Demanio pubblico al patrimonio dello Stato. Questa disposizione ha una grande

---

(1) C. C. Roma, 15 dicembre 1897; C. A. Napoli, 22 dicembre 1897; C. A. Casale, 15 febbraio 1898, C. C. Napoli, 19 maggio 1900, *Giur. ital.*, 1898, 1, 1, 76; 1, II, 166 e 169; 1900, 1, 1, 471. Ma per logica conseguenza delle idee espresse nel testo non posso consentire colla Cass. napoletana nel ritenere il carattere demaniale anche nei mobili di puro lusso, non necessarii per l'adempimento della pubbblica funzione.

(2) Ho detto: *Strade ferrate di proprietà dello Stato*, perchè parmi indiscutibile che quelle di proprietà privata non possono avere carattere di cosa demaniale.

(3) Conf. Ricci, II, 46; Giorgi, *Pers. Giur.*, II, 130; C. C. Torino, 9 aprile 1900; *G. T.*, 1900, 514; Contra Bianchi, IX, parte I, pag. 463 e segg. Scillamà, Op. cit., pag. 511.

importanza anche rispetto alla prescrizione, poichè pel passaggio al patrimonio dello Stato i beni già demaniali diventano prescrittibili.

La semplice lettura dell'articolo persuade che esso concerne esclusivamente i beni che sono ascritti al Demanio pubblico per destinazione, poichè pei beni demaniali di loro stessa natura la disposizione in esso sancita non sarebbe nè acconcia, nè necessaria. Non acconcia perchè cotali beni, finchè conservano la loro natura, conservano anche la loro qualità; non necessaria perchè, perduta o trasformata la loro natura, non possono più servire a quell'uso pubblico, da cui ritraevano la loro qualità.

Quanto ai beni demaniali per destinazione, fra i quali si vedono indicati espressamente quelli addetti alla difesa del paese, la regola contenuta nell'art. 429 altro non è che un postulato di ragion logica e giuridica. I beni demaniali per destinazione sono sottratti al patrimonio dello Stato e al commercio, in quanto sono adibiti all'uso pubblico; è giusto e logico che, quando questo cessa, cessar debba anche la qualità loro di beni demaniali.

Ma come avverrà questa cessazione? Vi è accordo pressochè generale nell'ammettere che per stabilirla sia sufficiente un atto espresso dell'Autorità amministrativa (atto di sclassificazione), perchè, sebbene sia opera del potere legislativo dichiarare quali sono i beni ascritti per destinazione al pubblico demanio, tuttavia è compito di quello amministrativo determinare, quando quella destinazione viene a mancare. Nè posso ammettere l'eccezione proposta da valenti scrittori (1) per la ipotesi di demanialità dichiarata con legge speciale, a togliere i cui effetti si esigerebbe un'altra legge speciale; perchè l'atto amministrativo deve avere di fronte ad una legge speciale quello stesso valore che ha di fronte alla legge generale, e per dire meglio, alla legge suprema consegnata nel Codice civile. Respingo per tanto eziandio l'opinione, secondo cui in caso di legge speciale occorrerebbe la prescrizione immemoriale a legittimare le usurpazioni commesse sulla cosa, che *ab antiquo* era ascritta al pubblico demanio.

Al di là di questo punto l'accordo svanisce. Per alcuni la sclassificazione per atto amministrativo è sempre necessaria; per altri è necessaria in certe ipotesi particolari (demanio militare e beni pubblici compresi negli elenchi amministrativi). Taluni hanno pensato, che per la soppressione della destinazione pubblica non basti il semplice non uso, per quanto a lungo continuato, ma occorra

---

(1) Ranelletti e Orlando da lui citato. *Legge*, 1892, 2, pag. 322.

che cessi la capacità della cosa a servire all'uso pubblico (1) e non è mancato chi, immemore dell'art. 2114 Cod. civ., ha sostenuto che i beni demaniali, anche dopo la cessazione dell'uso pubblico, rimangono imprescrittibili, fino a che appartengono allo Stato, alle Provincie, ai Comuni (2). Altri si accontentarono dell'abbandono dell'uso pubblico, discordando però sui requisiti dei fatti determinativi e giustificativi dell'abbandono; ed altri infine vollero che il disuso sia accompagnato dall'intenzione dell'autorità di rinunziare alla destinazione della cosa.

Io penso che basti il fatto della cessazione dell'uso, sebbene non accompagnato nè dalla dichiarazione espressa, nè dalla tacita conforme intenzione dell'Autorità amministrativa. L'art. 429 Cod. civ., confermato dall'art. 6 del Regolamento di Contabilità generale, altro non richiede; nè altro poteva logicamente richiedere. La dichiarazione dell'Autorità amministrativa nulla aggiunge, nulla toglie a quel fatto; è un mezzo di prova di esso; il più autentico, il più solenne, il più indubbio che desiderare si possa, ma niente di più, niente di meno, e che può quindi essere supplito con tutti gli altri mezzi dalla legge non vietati. Sulla cessazione dell'uso pubblico può influire direttamente la volontà del Potere amministrativo; il che ha luogo, quando la cosa ancora idonea ed ancora effettivamente adibita all'uso pubblico viene da un atto dell'Amministrazione dello Stato sottratta a quell'uso. Ma in tutti gli altri casi, in cui la cessazione dell'uso dipende da altre cause, la volontà dell'Amministrazione è priva di ogni efficacia; sia essa conforme, sia essa contraria, poco importa. Ciò che importa, è il fatto della cessazione, che s'impone anche all'Amministrazione, la cui intenzione riesce una quantità indifferente e trascurabile (3).

Dunque basta il fatto della cessazione, senza alcun altro requisito, ed anche quando la cosa già demaniale fosse stata iscritta in un elenco amministrativo, poichè questa circostanza non ha attribuito ad essa alcuna qualità privilegiata da esimerla dall'applicazione della regola sancita dall'art. 429 Cod. civ. (4).

---

(1) Persico, *Principii di D. Amm.*, II, 19.

(2) Borsari, all'art. 2113, n. 4391.

(3) Confor. Ricci, II, 52; contra Bianchi, IX, parte I, p. 444 e segg.; Giorgi, *Pers. Giur.*, III, 185 e segg.

(4) Un'eccezione pare doversi fare per le spiagge del mare, e per le altre pertinenze del demanio marittimo in virtù dell'art. 157 Cod. Marina Mercantile, il quale esige la dichiarazione della cessazione dell'uso pubblico per parte dell'Amministrazione marittima. Vedi in questo senso da ultimo C. C. Roma, 7 luglio 1900 (*Legge*, 1900, II, 181). Contra C. A. Genova, 26 marzo 1898 (*Legge*, 1898, 1, 663). Cons. Ratto, *Sulla condizione giuridica degli arenili* (*Legge*, 1893, 1, 427).

Ma questo fatto deve essere assoluto; un abbandono transeunte, che non impedisca la ripresa della primitiva destinazione, e possa apparire come una temporanea sospensione, non basterebbe all'applicazione dell'art. 429. Solo dal momento, in cui circostanze indubbie accertino che la destinazione è venuta a mancare, si avvera il passaggio della cosa dal demanio al patrimonio dello Stato; solo da quel momento la cosa, rientrata in commercio, è divenuta capace di possesso giuridico individuale e di acquisto mediante usucapione. Toccherà al privato, che invoca l'usucapione o il possesso legittimo, secondochè pretende alla proprietà o alla tutela possessoria, di dare la prova di quella reale ed effettiva anteriore cessazione, poichè a lui spetta di stabilire il momento iniziale del possesso idoneo agli effetti da lui desiderati.

Nella dottrina francese ebbe molto seguito un'eccezione relativa al Demanio militare; essendosi ivi sostenuto dai più che il semplice abbandono non basta a spogliare una fortezza del suo carattere neanche in parte, cioè per quelle mura ed opere, che siano diventate inutili (1). L'eccezione ha per la dottrina francese una base positiva nella legge 8-10 luglio 1791; tuttavia trovò anche là valorosi avversarii (2). L'art. 429 Cod. Italiano respinge irremissibilmente quest'eccezione, poichè esso anche pel passaggio dei terreni delle fortificazioni e dei bastioni delle piazze da guerra al patrimonio dello Stato esige semplicemente che non abbiano più tale destinazione, cioè lo stato di fatto e nulla più. La disposizione della legge patria è razionale. Una fortezza è fortezza, perchè ed in quanto serve alla difesa di quel dato punto strategico. Non al nome, che sarebbe, per dirla col Poeta, vano senza soggetto, di fortezza o di piazza da guerra, va annessa la qualità di cosa demaniale, ma al fatto reale di essere un arnese da guerra. Quando la fortezza viene spopolata dai soldati che dovevano guardarla e sguarnita dai cannoni che la rendevano formidabile, quando le opere di difesa si lasciano andare in isfacelo, non solo scompare la sua attitudine alla tutela del paese e con essa la ragione, che di essa aveva fatto una cosa demaniale, ma si manifesta chiarissima la volontà dello Stato di non più considerarla come un arnese da guerra (3).

44. — Alla stessa guisa che i beni dello Stato si distinguono

---

(1) Troplong, *Prescr.*, 174; Marcadè all'art. 2226, n. 4; Le Roux de Bretagne, Op. cit., vol. 1, n. 138; Baudry-Lacantinerie et Tissier, n. 154.

(2) Garnier, citato da Troplong; Laurent, VII, n. 59.

(3) Confor. C. C. Torino, 18 giugno 1881; *Legge*, 1881, 2, 692; C. C. Firenze, 26 giugno 1882; *Legge*, 1882, 1, 511.

in demanio pubblico e patrimonio, così i beni delle Provincie e dei Comuni si dividono in beni d'uso pubblico e in beni patrimoniali (art. 432 Cod. civ.). I beni d'uso pubblico sono pel Comune e per la Provincia ciò che il demanio. pubblico è per lo Stato, e sono quindi da determinarsi cogli stessi criterii, da sottoporsi agli stessi principii e alle stesse regole.

Attenendomi per tanto alle considerazioni più sopra esposte (1), ritengo che non sia accoglibile la distinzione tra beni di uso pubblico e beni di uso amministrativo, i quali ultimi comporrebbero il patrimonio indisponibile del Comune e della Provincia (2). Vuolsi anzi aggiungere che se pei beni dello Stato la distinzione, sebbene teoricamente infondata, ha tuttavia un appoggio nelle disposizioni del Regolamento di contabilità, questo appoggio vien meno pei beni degli altri Enti politici, poichè nè il Codice, nè la Legge comunale accennano a un patrimonio indisponibile del Comune e della Provincia. A mio avviso, il demanio del Comune e della Provincia non comprende soltanto i beni che sono destinati all'uso diretto del pubblico, ma anche quegli altri, che sono adibiti ad un uso pubblico indiretto in quanto servono per l'attuazione di una funzione di necessità o di utilità generale, che l'Ente politico deve compiere per sua natura o per obbligo di Legge nell'interesse della collettività da lui amministrata (3). Secondo questi criterii al Demanio comunale e provinciale oltre alle vie, strade, piazze, giardini, fontane, mercati, monumenti, biblioteche di uso del pubblico, vanno ascritti anche gli edificii o stabilimenti adibiti ai pubblici servizi e così la sede degli uffici dell'Ente politico (4), le scuole, il mattatoio comunale (5), gli ospizii pubblici e simili.

Quanto ai beni in uso pubblico diretto, vuolsi rilevare che l'uso del singolo trova il suo limite nell'obbligo di non danneggiare le cose pubbliche e di non compiere atti, che ne impediscano agli altri un uguale godimento. Ognuno sulla strada, via, piazza comunale può aprire usci, porte, finestre, luci, e liberamente transitare a piedi, a cavallo, con carri; può farvi cadere le proprie acque piovane; in una parola può compiere sul suolo pubblico tutti quegli atti, a cui esso secondo la sua destinazione si presta; ma

---

(1) Sopra n. 43[bis].

(2) Così GIORGI, IV, n. 89 e segg.

(3) Confor. BIANCHI, IX, parte I, pag. 553 e segg.; SAREDO, nella *Legge*, 1877, 3, 147 e segg.; GIRIODI, Op. cit., n. 30.

(4) Confor. C. A. Palermo, 5 agosto 1895; *Legge*, 1896, 1, 164.

(5) Contra fu ritenuto che il macello pubblico faccia parte del patrimonio del Comune dal Trib. Civ. Bologna, 25 agosto 1899; *Legge*, 1900, 1, 815.

non può invece ingombrarlo con banchi od altro, nè acquistare mediante usucapione il diritto di occuparlo in tal guisa (1).

45. — *Strada e via pubblica.* Come dissi, sono demaniali le strade e vie comunali e provinciali. Tale demanialità dà luogo ad alcune questioni. Si domanda anzitutto se abbia per effetto d'impedire l'acquisto di qualsiasi servitù su di esse. La C. C. Torino (2) disse che l'inalienabilità della pubblica via, essendo limitata al suolo, non toglie che si possa acquistare una servitù mediante opere di sporti, balconi, archi, terrazzi, salvo sempre all'autorità amministrativa di far abbattere tali opere per ragioni edilizie, uniformandosi al prescritto dell'art. 438 Cod. civ. Non posso approvare l'opinione della Corte Subalpina. Che i cittadini, rispettando le prescrizioni dei regolamenti edilizii, possano far sporgere sul suolo pubblico balconi, terrazzi, è cosa che non comporta dubbio, e che si vede da per tutto. Ma che tali opere di sporto, se mantenute per lo spazio di tempo voluto, diano luogo all'acquisto di una vera e propria servitù, è una proposizione contraria a tutti i principii. Il tenere gli sporti non è altro che un modo di godere della via pubblica, che senza danno di alcuno può rendere ai singoli cittadini un servigio siffatto; ma si tengono *jure civitatis, non quasi propria cujusque* (3); si tengono coll'intenzione di godere di una cosa pubblica, non colla volontà di esercitare un possesso legittimo e di acquistare una servitù. In difesa della massima sancita dalla C. C. di Torino non potrebbe pur dirsi che quegli sporti, mentre da un lato non sono inconciliabili colla destinazione della via pubblica, rappresentano però un vantaggio esclusivo del proprietario della casa. Perchè se la via pubblica è anzitutto una linea di comunicazione tra le varie parti della città, è eziandio uno spazio vuoto, da cui le abitazioni ricevono aria e luce. Ed appunto perchè i cittadini possano meglio godere della colonna d'aria che circola nella via e della maggior luce, loro si permette di tenere gli sporti anzidetti, come loro si concede di aprire finestre ed usci verso il suolo pubblico.

45bis. — L'imprescrittibilità copre qualunque parte o qualunque dipendenza della strada pubblica, come i muri di sostegno, i ponti, gli archi, gli acquedotti (4) e si estende anche al sottosuolo (5).

---

(1) Confor. C. A. Torino, 9 luglio 1898; *G. T.*, 1898, 1525.
(2) 24 settembre 1885, *G. T.*, 1885, 758.
(3) Fr. 2, § 2. *ne quid in loco publ.*, 43, 8.
(4) *Idem*, Laurent, XXXII, n. 244.
(5) C. C. Torino, 31 dicembre 1883; C. C. Roma, 30 giugno 1900. *Legge* 1884, II, 658; 1900, II, 218.

Ogni usurpazione del suolo pubblico, anche in una sua frazione, è vietata; costituisce una violazione della legge e non può quindi essere inizio di un possesso ad *usucapionem*. E giustamente Troplong censura Garnier, il quale scrisse potersi acquistare per prescrizione parte della strada. No, tutta la strada, in tutta la sua larghezza, in qualunque suo punto è imprescrittibile. È questo un postulato generalmente accettato.

Il dubbio più grave cade sull'onere della prova. Incomberà esso al privato, cosicchè sia egli tenuto a dimostrare che il terreno da lui posseduto ed occupato col suo edificio non è demaniale, od almeno si trovava già in quelle condizioni, prima che fosse ascritto al Pubblico Demanio; o non incomberà invece la prova del contrario all'Autorità amministrativa, che rivendica quel terreno come demaniale? Le opinioni sono scisse in proposito. Troplong (1) accolla l'obbligo della prova al Comune, allegando a conforto della sua tesi una decisione della Corte di Douai delli 25 febbraio 1826. Laurent (2) censura alcune decisioni della Suprema Corte di Francia, le quali avevano ammesso una *presunzione legale* di demanialità, e sostiene che la controversia deve risolversi alla stregua del diritto comune. Presso di noi la C. C. Napoli (3) si pronunziò in favore del privato, e caricò l'onere della prova al Comune, che rivendicava il suolo come pubblico. Abbracciarono invece la contraria opinione la C. A. Napoli nella stessa causa e la C. C. Firenze (4) appoggiandosi sul principio, che per trattarsi di occupazioni di un suolo pubblico, spetta al privato di dimostrare l'attitudine del suo possesso ad usucapire, coll'escludere il precario (per concessione) che di regola si presume. Che il precario dovesse presumersi nelle specie decise da queste due Corti, è possibile ed anche probabile. Ma non è vero che debba presumersi sempre, dando così per provato ciò che cade in questione. La presunzione *juris* che si verrebbe così a creare, sebbene non sancita da alcun testo di legge, sovvertirebbe l'altra veramente legale, che chi si trova al possesso, non ha bisogno di provarne la legittimità. Io credo che si debba distinguere: od è certa la demanialità del suolo, che venne occupato dal privato, ed in tal caso a lui senza dubbio incombe l'obbligo di giustificare il titolo, in virtù del quale egli occupò il suolo; anzi in questo caso non sarebbe pur possibile una questione pura-

(1) *Prescr.*, n. 159.
(2) *Principes*, n. 242.
(3) Sentenza in causa Comune di Barletta-Demanio.
(4) C. C. Firenze, 17 settembre 1861 in causa Comune di Firenze-Panciatichi, Bett., XIV, 1, 725.

mente possessoria, non potendo essa versare che sulla esistenza del diritto. O non è certa, ed allora la controversia si risolverà giusta il diritto comune, lasciandosi alla Pubblica Autorità l'onere di provare il suo diritto su quel terreno, che essa reclama.

In ogni ipotesi dovrà ammettersi il privato a provare che il suo edificio era in quelle condizioni prima che la parte di terreno da lui occupata fosse ascritta al Pubblico Demanio, e potrà anche approfittare della immemoriale, la quale, come insegnavano i pratici, *habet vim privilegii,* o come disse Pomponio: *jure constituti loco habetur* (1).

45[ter]. — Il disposto dell'art. 429 Cod. civ. pel quale i beni che cessano di essere destinati all'uso pubblico ed alla difesa nazionale, passano dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato, è di diritto comune. Perciò, quantunque dettato pei soli beni demaniali dello Stato, estende la sua efficacia anche ai beni d'uso pubblico della Provincia e del Comune e così alle strade pubbliche di cui ora sto ragionando. Esse cessano di appartenere al Demanio del Comune e della Provincia e ridiventano alienabili ed usucapibili, non appena sia finita quella destinazione, in causa della quale erano sottratte al privato commercio. È questo un postulato, su cui regna il più completo accordo. Al contrario anche a loro riguardo si agita la controversia circa il modo di determinare la cessazione della primitiva destinazione. Certo se un decreto dell'Autorità Amministrativa proclami che quella strada ha cessato di servire all'uso pubblico, la cosa procede senza ostacoli; il dubbio sorge invece quando il cambiamento si desume dal fatto dell'abbandono prolungato. — Dunod e Domat volevano la prescrizione immemoriale: la loro opinione venne accolta dalla Corte di Montpellier in sua decisione delli 21 dicembre 1827. La Corte di Rouen in sentenza delli 11 febbraio 1825, e Garnier si accontentavano di un possesso di 40 o 50 anni. Altri scrittori francesi, fondandosi sopra disposizioni positive della loro legislazione stradale, introducevano una distinzione, secondo che le strade erano o non classificate, accettando per queste l'efficacia dell'abbandono, per quelle rifiutandola (2). Troplong combatte tutte queste opinioni e sostiene ogni strada diventare cosa patrimoniale ed usucapibile, dal momento in cui sia abbandonata; la determinazione di questo momento essere questione di fatto.

---

(1) C. C. Fir., 14 marzo 1865 in causa Lambert-Couture. Bett., 1865, 1, 212.
(2) Per più ampii particolari vedi Troplong, n. 163.

Io abbraccio quest'opinione la quale è consona alle idee da me professate (1).

Si domanda ancora se qualche porzione della strada possa perdere il suo carattere di pertinenza del Pubblico Demanio. Nessun dubbio che un decreto della competente Autorità può togliere anche ad una sola parte della strada un tale carattere, il che si avvera non di rado nelle opere di allineamento. Ciò che può fare una formale deliberazione del Potere Amministrativo, possono eziandio il disuso e l'abbandono. Quelle parti che non servono più realmente, che non sono più battute da alcuno e non sono più curate, che si lasciano invadere dalle erbe e dagli sterpi, od occupare dai privati, senzachè l'amministrazione od i cittadini insorgano a reclamare, hanno cessato di fatto dalla primitiva destinazione e sono diventate patrimoniali ed usucapibili. Nè si opponga col Troplong che la prescrizione non può operare per mancanza di *res habilis*, perchè così si dimentica il supposto che l'usucapione cominci dopochè quella parte della strada ha cessato di essere una cosa pubblica. Non si obbietti neppure che il mio sistema autorizza usurpazioni a danno del pubblico. Hannovi due specie di usurpazioni: quelle che costituiscono atti illegali o delittuosi, perchè includono una violazione del Diritto Pubblico; e quelle che sono atti illeciti, perchè non suffragati da alcun titolo legittimo. Le prime non sono base di usucapione; le seconde sì. Il mio sistema autorizza usurpazioni sul suolo non più pubblico; usurpazioni cioè del secondo genere. Giova però rilevare che in questo caso la prova deve essere assai rigorosa; devonsi cioè dimostrare in modo preciso l'abbandono della parte di strada, che venne occupata, e la compatibilità dell'opera privata coll'uso generale, a cui continua ad essere destinata tutta la restante strada. Cotal rigore della prova è imposto dal carattere di cosa pubblica che ha tutta la strada, ed il quale, fino a che non sia stata tutta abbandonata, la copre virtualmente in ogni sua parte.

L'attitudine dell'abbandono di fatto a privare in tutto o in parte la strada del suo carattere di cosa pubblica fa sorgere una questione assai importante sulla determinazione del momento in cui l'abbandono siasi verificato, e da cui abbia potuto correre la usucapione. Quando vi è un espresso Decreto della Amministrazione Pubblica, tale momento è determinato dal Decreto stesso. Ma d'altra parte non vuolsi ritenere abbandonata una strada pel

---

(1) Vedi sopra n. 43ter. Confor. C. C. Torino, 11 aprile 1880, 21 ottobre 1887, 8 agosto 1888; *G. T.*, 1880, 425; 1887, 706; 1888, 671; Giriodi, Op. cit., n, 193. Contra C. A. Torino, 11 febbraio 1898, *G. T.*, 1898, 659.

solo fatto che altra nuova siasi aperta. Se v'ha pubblico servizio che abbia progredito e migliorato in modo meraviglioso, è senza dubbio quello stradale. Migliaia di strade nuove, più ampie, più comode sonosi aperte e vanno aprendosi tutto dì, ma con tutto ciò la maggior parte di quelle vecchie esiste e serve al pubblico. La questione se la strada sia stata abbandonata ed abbia quindi cessato di essere una cosa pubblica, è puramente di fatto. Quando sia provato che da lunga pezza nessuno vi sia transitato, che la pubblica Amministrazione non vi ha più fatto i lavori necessarii di riparazione e di manutenzione, di guisa che il suolo abbia perduto ogni carattere di strada, allora potrà dirsene compiuto l'abbandono. Conseguentemente respingo tanto la opinione di coloro che esigono la immemoriale od almeno un possesso durato 40 o 50 anni, mentre la legge vigente non riconosce prescrizioni più lunghe della trentennaria, quanto quella di coloro che pensano basti in ogni caso il semplice possesso trentennario (1). Un solo principio si può fissare certo ed inconcusso: il possesso utile all'acquisto comincia dal giorno in cui la strada fu abbandonata; ma da quel giorno corre la prescrizione ordinaria (2) (2[bis]).

---

(1) Vazeille, n. 93. Marcadè, art. 2226, n. 4.

(2) Conformi Laurent, VI, 60. Giriodi, loc. cit.

(2[bis]) Come sopra si disse, può avvenire ed avviene che una strada pubblica cessi dalla sua destinazione, e diventi cosa patrimoniale. Posta un'evenienza siffatta, chiedesi che avverrà delle servitù che i cittadini avevano imposto sul suolo pubblico in conformità dei servizi che questo di sua natura prestava a ciascuno di loro. In altre parole, dovranno essi otturare le luci e le porte che avevano aperto verso la strada, ed astenersi dal transitare pel suolo diventato patrimoniale? Sul proposito varie sono le opinioni. Pardessus stimò che i cittadini dovessero ciò fare. Ma Toullier e Delvincourt sostennero la contraria sentenza, la quale, secondo il Dalloz (I. G. *Servitude*, sect. 1, art. 2, n. 3) è sorretta da una manifesta equità e da una tacita convenzione intervenuta tra la pubblica autorità e i privati. Questi fondano il loro diritto sopra la fede di uno stato di cose, che hanno dovuto credere permanente: eventi posteriori non possono privarli del loro diritto (vedi Mantellini, *Lo Stato ed il Codice civile*, vol. II, pag. 64). L'opinione del Pardessus deve rigettarsi come quella che all'evidenza contrasta coi principii di equità e di giustizia; la seconda può essere adottata, assoggettandola ad alcuni temperamenti e ad alcune distinzioni. La pubblicità della strada cessò o per deliberazione dell'autorità amministrativa o pel fatto dell'abbandono. Nel primo caso, oltrechè è molto probabile che la deliberazione stessa abbia ordinato i provvedimenti opportuni per rimuovere ogni danno dai cittadini, questi, se in onta a tali cautele risentono qualche pregiudizio, possono ricorrere alle autorità amministrative perchè revochino od almeno modifichino l'atto, ed anche adire le vie giudiziarie, se qualche loro diritto ne sia violato, giusta la norma generale da applicarsi come in ogni altro caso. Se la strada perde la sua qualità di cosa pubblica per dissuetudine, le servitù continue ed apparenti non si estingueranno,

46. — *Strada vicinale.* La Legge sui lavori pubblici riconosce ancora una specie di strade addette al pubblico uso, quantunque non si possano annoverare tra le cose pubbliche. Invero cosa pubblica è quella che non solo è destinata al servizio generale, ma che è eziandio nel dominio dello Stato, del Comune, della Provincia. Le strade, cui accenniamo, sono le vicinali gravate da servitù pubblica. La legge suddetta dopo di avere agli articoli 10 e segg. determinato quali sono le strade nazionali, quali le provinciali e comunali, all'art. 19 dispone: " tutte le altre strade non iscritte nelle precedenti categorie e soggette a servitù pubblica sono vicinali. Le strade vicinali sono soggette alla sorveglianza delle Autorità Comunali... ".

Il concetto delle vie vicinali proviene dalla Romana Giurisprudenza, la quale ne distingueva due specie; le une private, destinate al servizio di quei soli fondi, i cui proprietari avevano concorso a formarle; le altre pubbliche, per cui era permesso a tutti di transitare (1). La distinzione è stata accolta dalla vigente Legge sui lavori pubblici, la quale iscrive tra le strade ordinarie di uso pubblico quelle sole fra le vicinali, che sono soggette a servitù pubblica: *hae quae ad agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, in quas exitur de via consulari,* come scrisse Ulpiano (2). La legge non attribuì al Comune la proprietà del suolo delle vicinali soggette a pubblica servitù. Cotale proprietà spetta il più delle volte ai proprietarii dei fondi vicini, con porzioni dei quali probabilmente erano state in antico costituite, a seconda di quanto insegnano i Giureconsulti Romani: *Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt* (3), donde sorge il dubbio, se queste vie vicinali soggette a servitù pubblica siano o non da annoveverarsi fra le cose imprescrittibili. Io credo che bisogna distinguere il suolo stradale dal diritto di passaggio che sopra vi esercita il popolo. Il suolo appartiene ai proprietarii confinanti, è una loro privata proprietà, che può passare da una mano all'altra, ma la prescrizione non cancellerà l'onere, donde è gravato, eccetto che concorrano gli altri elementi, di cui sopra tenni parola riguardo

---

ma continueranno a sussistere come per lo innanzi. Quanto al passaggio, parmi la questione non abbia senso: quelli che vi transitano per recarsi alle proprie abitazioni, se ne servono *uti cives*, e ad essa conservano la sua antica destinazione.

(1) Fr. 2, §§ 22, 23, D. *ne quid in loco publico,* 43, 8 e Fr. 3, pr., D. *de locis et itineribus publicis*, 43, 7.

(2) Fr. 2, § 23, *ne quid in loco publ.*

(3) Fr. 3, *de locis et itin. publ.*, 43, 7.

alle altre strade pubbliche. In questo senso si è pronunciato il Consiglio di Stato (1): " Che la proprietà del suolo delle strade vicinali formando parte del patrimonio privato sia desso di singoli individui o di corpi morali, e così anche del Comune, e trovandosi soggetta a servitù pubblica, tale servitù *sta ferma* in chiunque passi la proprietà medesima finchè col consenso degli aventi diritto venga a cessare o sia altrimenti estinta ".

47. — È pubblica, come quella che serve ai bisogni di tutti gli abitanti del Comune, l'acqua della fontana comunale, o quella acquistata dalla sorgente privata a termine dell'art. 542 Cod. civ. Quindi è imprescrittibile. Ma sfugge all'usucapione in tutta la sua quantità, od al contrario in quella sola che corrisponde ai bisogni pubblici, sì che l'altra sovrabbondante sia liberamente alienabile ed usucapibile? La C. C. di Palermo (2), quella di Francia (3), il Gianzana (4), il Giriodi (5), il Ratto (6), sulle orme del Romagnosi stimano che l'acqua sovrabbondante sia di ragion privata ed usucapibile. Ed alla difficoltà pratica di acquistare un diritto esclusivo su cosa pubblica e su terreno demaniale, la Cass. Francese nella citata decisione rispose: che l'usucapione delle acque superflue, non avendo per oggetto l'acquisto di alcun diritto sul pubblico suolo, si può attuare per mezzo di opere visibili e permanenti sul suolo pubblico.

Il Mirabelli (7) vuole che si distingua il caso in cui l'amministrazione comunale facendo la concessione di tutta (*sic*) o parte dell'acqua ha inteso di farne una disposizione temporanea, da quello in cui ha voluto mutarne definitivamente la destinazione.

Il Troplong (8) tratta diffusamente la questione. Premesso che

(1) Parere 16 giugno 1876, *Legge*, 1876, II, 86. In questo parere il Consiglio di Stato opina che il consenso degli aventi diritto valga a sopprimere la servitù pubblica. È un'opinione erronea. Gli aventi diritto sono tutti i cittadini perchè tutti hanno il diritto di passarvi; conseguenza questa necessaria dell'essere pubblica la servitù a cui è soggetta la strada. Segue che non il consenso degli aventi diritto (nel senso voluto da questo parere), ma solo il consenso di tutti i cittadini manifestato per mezzo di un Decreto della competente autorità, che tutti li rappresenta, o per mezzo dell'abbandono varrà a sopprimere l'onere, che pel generale vantaggio grava su di essa.

(2) Sent. 5 marzo 1864, Bett. XVI, 1, 164.

(3) Sent. 19 gennaio 1860, *D. P.* 1862, 1, 125.

(4) *Acque*, vol. I, parte II, pag. 463.

(5) Op. cit., n. 75.

(6) *Concessione delle acque pubbliche*, *Legge*, 1893, 2, 177.

(7) Op. cit., n. 226.

(8) *Prescr.*, n. 168.

l'Autorità pubblica può alienare quella quantità dell'acqua pubblica, che risulti superflua ai bisogni generali, la risolve distinguendo, secondochè esiste un Regolamento per la distribuzione dell'acqua, il quale separi l'acqua necessaria ai generali bisogni da quella superflua ed alienabile, ovvero non esiste. Nel primo caso il privato può col possesso continuato pel tempo necessario acquistare un diritto ad una quantità maggiore d'acqua di quella concessagli; nel secondo il possesso è sempre precario, soggetto alle eventualità, che possono essere create dai cresciuti bisogni degli abitanti, inetto quindi a generare un diritto.

Altri finalmente pensano che tutta l'acqua sia imprescrittibile (1). Il Pacifici-Mazzoni abbraccia quest'ultima opinione, e così ne riassume i motivi: 1° l'acqua fornita dalla pubblica fontana è demaniale in tutta la sua massa; 2° l'uso che ne fa il privato è sempre precario. A me sembra che questa opinione risponda al vero. A torto si parla di acqua superflua. L'acqua che oggi sovrabbonda, domani potrà appena bastare sia in causa della cresciuta popolazione, sia per essersi inaridite alcune delle polle donde sgorga. Ciò che è pubblico, e serve ai bisogni di tutti, che ne godono *uti cives*, non *uti singuli*, non può formare oggetto di usucapione, perchè non comporta un possesso *animo domini*. Ed è meraviglia che la Cassazione di Francia nella citata sentenza 9 gennaio 1860 abbia proclamato la legittimità delle opere eseguite dal cittadino sul suolo demaniale allo scopo di acquistare una servitù contraria al pubblico vantaggio. Non è il caso di ripetere: *Quandoque et bonus dormitat Homerus?* Nè mi persuade l'obbiezione che sarebbe contrario all'utilità generale il negare la disponibilità delle acque superflue che non potendo più venire utilizzate al pubblico servizio andrebbero perdute per tutti senza alcun vantaggio, ove non potessero essere cedute a chi si prendesse cura di metterle a profitto. Che la pubblica Autorità abbia il dovere di rendere utili le acque superflue, anche cedendole a privati, sta bene; ma la cessione sarà sempre subordinata alla condizione, che le acque superflue non diventino necessarie al pubblico uso, cosicchè essa costituirà non un'alienazione nel vero senso della parola, ma la concessione

---

(1) Scillamà, Op. cit., I, pag. 513; Ricci, II, 53; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 143. Le Roux de Bretagne, Op. cit., vol. I, n. 190. Cass. Franc. (*D. P.* 1861, 1, 385). Il tribunale di Puy 19 luglio 1866, *D. P.* 1866, 3, 61, giustamente decideva che le acque sfuggite alla sorgente comunale non sono usucapibili, finchè scorrono sul terreno demaniale. La C. C. Napoli, 7 nov. 1876, *Legge*, 1877, 1, 217, sanciva che non si acquista per prescrizione l'uso delle acque pubbliche, tuttochè siansi eseguite delle opere pel loro tragitto. Ed una nota dell'avv. Alessio di Majo approva completamente la massima.

di un godimento precario. Perchè una vera alienazione potesse aver luogo bisognerebbe che le acque avessero cessato di appartenere al Demanio del Comune; il che in coerenza alle sovraesposte considerazioni non è ammissibile.

Nè sono accettabili le distinzioni immaginate dal Mirabelli e dal Troplong: non quella del primo, perchè, siccome l'acqua serve all'uso pubblico, così riesce inconcepibile che l'Autorità Comunale possa mutarne la destinazione; non quella del secondo perchè il regolamento emanato dalla pubblica Amministrazione ha l'intento di provvedere alla migliore distribuzione delle acque e di evitare abusi e dispersioni a tutti dannose, ma non muta la qualità della cosa, la quale continua ad essere destinata ai bisogni di tutti i cittadini. Il regolamento è anzi il suggello d'una qualità siffatta. Segue che ogni concessione, anche in vigore di un regolamento generale, s'intende sempre sottoposta alla condizione di essere revocata ogni qualvolta diventi incompatibile coll'uso pubblico (1) e che non potendo servire di base all'acquisto irretrattabile della quantità d'acqua concessa, *a fortiori* non può servire all'acquisto di una quantità maggiore.

Il Bianchi (2) a sua volta insegna doversi distinguere la massa d'acqua defluente dalla fontana fino al punto in cui viene raccolta e distribuita al pubblico, da quella inferiore che scorre in un canale di scarico; la parte superiore essere in ogni sua parte inalienabile ed imprescrittibile, non così la inferiore non destinata per volontà dell'Autorità amministrativa del Comune ad uso del pubblico; e per conseguenza potere il privato mediante opere visibili e permanenti fatte sul canale di scarico, *non destinato specialmente a pubblico uso*, acquistare un diritto simile a quello dell'art. 637 Codice civile.

Ma con buona venia dell'esimio scrittore tutto questo è una costruzione artificiosa. Qualunque il modo con cui l'Autorità comunale provvede alla distribuzione delle acque, queste conservano il loro carattere in tutta la loro massa. Un sopravanzo ci deve sempre essere se l'acqua deve veramente bastare ai bisogni di tutti i cittadini. L'acqua di scarico è pur sempre l'acqua della fontana, è pur sempre acqua pubblica. Il canale di scarico è parte dell'opera mediante cui l'acqua serve ai bisogni del pubblico ed ha la stessa natura. D'altra parte il diritto, che il privato acquisterebbe nella ipotesi immaginata dal Bianchi, non sarebbe quello regolato dall'art. 637 Cod. civ., ma sibbene quello di presa e di derivazione

---

(1) Vedi sopra n. 42.
(2) IX, parte I, pag. 563 e segg.

d'acqua, e avrebbe per risultato di assicurargli la quantità d'acqua derivata durante il tempo richiesto per l'usucapione, e di escludere nella stessa misura la potestà del Comune di disporre liberamente delle acque per uso pubblico nel corso superiore. Il qual risultato, discendente a fil di logica dalle premesse poste dal Bianchi, ma da lui stesso rinnegato, mostra che la teorica da lui sostenuta è erronea.

47[bis]. — Acque di demanio comunale debbonsi eziandio ritenere le derivazioni dai fiumi e torrenti state concesse in antichi tempi alla Comunità a vantaggio di tutti i terrieri o di tutti i possessori di terre irrigue. Sono per la maggior parte concessioni di origine feudale colle formole: *civitati et hominibus, communitati et hominibus* (1). Le acque pubbliche di questa categoria sono rette dai titoli costitutivi che stabiliscono il modo con cui debbono essere distribuite, e sono soggette all'amministrazione e alla sorveglianza dell'Autorità comunale che mediante regolamenti ne governa l'uso e la distribuzione, e fissa la tassa d'acquarezzo da corrispondersi dagli utenti per sopperire alle spese.

48. — *Res divini juris.* La Romana Sapienza riconosceva una categoria di cose, che appellava di diritto divino, *res divini juris*, e in cui comprendeva le cose sacre, sante, religiose. Sacre le cose consacrate agli Dei, come i tempî ed i doni loro dedicati; sante le mura e le porte della città, *quodammodo divini juris*, e protette da speciali sanzioni penali (2); religioso il luogo in cui il proprietario seppelliva un morto. Le cose di diritto divino erano considerate come non aventi proprietario, *quod enim divini juris est, id nullius in bonis est* (3). Nel diritto moderno è scomparso il concetto delle cose sante; cose che stiano fra le sacre e le religiose, alla cui tutela per una specie di sentimento religioso provvedano particolari sanzioni, non sono più riconosciute. Ma le cose sacre e religiose sussistono anche oggi, perchè anche i culti odierni vogliono tempî, in cui i fedeli si uniscano a rendere omaggio alla Divinità, e perchè luoghi destinati ad accogliere gli avanzi mortali ci sono e ci debbono essere.

---

(1) C. A. Torino, 20 gennaio 1892; *Legge*, 1892, 2, 227; C. C. Torino, 13 luglio 1881; *Giur. It.*, 1881, 1, 1, 746; Giriodi, Op. cit., n. 73.

(2) Il § 9, I, *de rer. div.*, 2, 1, sancisce la pena capitale, *poena capitis;* ed è troppo nota la leggenda di Remo stato ucciso dal fratello Romolo appunto per aver saltato le mura della nascente città.

(3) § 7-10, I, *de div. rer.*, 2, 1.

La condizione giuridica di queste cose non è regolata dalla legge positiva; e non è quindi meraviglia che in una materia come questa, in cui i sentimenti individuali fanno facilmente sentire il loro predominio, regnino le più acri dissensioni. La lotta più vivace si combatte sul punto delle commerciabilità delle chiese; ed è di esse che anzitutto mi occuperò il più concisamente possibile.

Il silenzio del Codice Civile a loro riguardo si potrebbe spiegare in due modi diversi: o ritenendo che intendimento del legislatore sia stato di tener fermo il concetto di *res nullius;* o supponendo che le abbia comprese nelle disposizioni degli art. 433 e 434 Cod. civ., confondendole cogli altri beni degli istituti ecclesiastici. Ma entrambe queste ipotesi si rivelano inammessibili al più superficiale esame. La prima, se era un logico effetto del particolare organismo delle *res sacrae* nel Diritto Romano, non sarebbe più compatibile coi concetti fondamentali del Diritto Moderno; la seconda costituirebbe un'innovazione radicale, contraria alla tradizione, che non può concepirsi sia stata tacitamente, quasi di straforo, introdotta nella patria legislazione. Tutto porta a ritenere che gli art. 433 e 434 Cod. civ. si riferiscano esclusivamente ai beni patrimoniali dei singoli istituti ecclesiastici (1). Ma quando pure si ritenesse che gli art. 433 e 434 abbiano regolato tutta la materia della proprietà ecclesiastica, comprendendovi anche le *aedes sacrae,* l'argomento non sarebbe ancora decisivo per affermarne la commerciabilità. L'art. 434 dice che i beni degli istituti ecclesiastici sono soggetti alle leggi civili, cioè non al solo Codice Civile, ma a tutte le norme che regolano i rapporti giuridici tra ogni categoria di persone, tra cui non è escluso possano esservene di quelle che entro confini più o meno ampi abbiano sancito l'incommerciabilità delle *aedes sacrae.*

Per certo sotto l'influenza del *Jus* Canonico, la cui precipua direzione era quella di assicurare il predominio economico e morale della Chiesa e della classe sacerdotale, di innumerevoli ed esorbitanti privilegi furono colmati i *bona ecclesiastica* in genere, e cioè tanto quelli di spettanza patrimoniale della Chiesa, quanto le cose dedicate al culto. È congruo alla natura umana, la quale va continuamente oscillando da un estremo all'altro, che la reazione contro i principi informatori del *Jus* Pontificio siasi spinta fino ad acco-

---

(1) Confor. Gabba, *Foro It.* 1890, I, 748; Giorgi, *Pers. Giur.*, VI, n. 18. Contra C. A. Genova, 19 gennaio 1885; *Legge* 1885, 1, 816; Mortara, *Foro It.* 1888, 1, 1189; Chironi, *ibid.*, 1889, 1, 580; Dattino, *La commerciabilità delle chiese;* Ratto, *Legge*, 1895, 2, 572.

munare in un'unica sintesi i beni degli istituti ecclesiastici e le cose consacrate.

È un'esagerazione. La questione della commerciabilità delle *aedes sacrae* va studiata senza preconcetti, con serenità di criterî obbiettivi. In questa indagine ci si offre per primo l'argomento, più di ogni altro messo in evidenza dai fautori ad oltranza della incommerciabilità: quello dell'omaggio al sentimento religioso della maggioranza della nazione. È un argomento, il cui grande valore non potrebbe essere disconosciuto. Ma giova ben intenderci. Esso poggia sul vero, in quanto per sentimento religioso si considera la pubblica professione di un culto. Ma non più in là; perchè sentimento religioso, nello stretto senso della parola, è qualche cosa di assolutamente diverso, di antitetico anzi alla religione come complesso di istituzioni, di funzioni, di formalità, in cui si estrinseca il culto. Al sentimento religioso non occorrono nè tempî, nè sacerdoti, essendo esso una relazione intima e diretta tra l'anima umana e la Divinità. I tempî, il sacerdozio, le suppellettili sacre sono una funzione positiva, contingente, variabile da luogo a luogo, da tempo a tempo; il sentimento religioso è costante ed uniforme in tutti i tempi e in tutti i luoghi. Ma poichè il complesso delle forme, funzioni ed istituzioni, che sono il contenuto di ogni religione positiva, è sostanzialmente, oggidì ancora, il sostitutivo, per quanto deficiente, del verace sentimento religioso con cui la creatura umana assorge alla contemplazione della Divinità, fonte prima del Vero e del Buono, lo Stato deve tutelarlo, perchè esso costituisce il mezzo, con cui è soddisfatto uno dei bisogni della *universitas*. Ridotta ad una pura missione di tutela estrinseca, che lasci intatta ed integra la libertà individuale di coscienza e di pensiero, e non si metta al servizio di alcuna confessione religiosa per sovrapporla alle altre, l'opera dello Stato rimane entro i confini segnati dai principî informatori dell'ordinamento sociale. Lo Stato si trova dinnanzi la religione professata dalla maggioranza dei cittadini come una forza sociale, a cui occorrono certi mezzi per potersi svolgere, e che nella sua esplicazione dà luogo a rapporti esteriori colla potestà civile. La delimitazione di quei mezzi e il regolamento di quei rapporti è materia di giurisdizione dello Stato. In questo senso fu assennatamente affermato che “ forse non sarebbe lontano dal vero il ritenere nell'attuale ordinamento sociale che la religione cattolica non sia abbandonata all'individuo come un puro affare del cuore, ed invece sia ancora considerata come una forza sociale pur costituita nell'ordinamento pubblico, siccome apparisce nello Statuto, in cui la si fa professare dallo Stato, nella legge delle guarentigie, ove è rico-

nosciuta una sovranità ecclesiastica, e nel sistema di provvedimenti legislativi riguardanti temporalità e disciplina ecclesiastica „ (1).

Da questo modo di considerare il problema emerge a parer mio che esso consiste nella ricerca dei limiti della incommerciabilità della *aedes sacra*, la quale nell'imperante organizzazione del consorzio civile non deriva nè dal concetto di un dominio della Divinità, che escluda quello dell'uomo, nè dal fatto della consacrazione, ma dall'elemento comune a tutte le cose incommerciabili per destinazione.

Non è invero ammessibile che tutti indistintamente gli edifici, in cui si celebrano atti di culto, siano sottratti al commercio. Già il Diritto Romano si era rifiutato d'imprimere il carattere di *res sacra* alla cosa che il privato aveva per suo conto dedicata agli Dei. È esplicito in proposito Marciano: " Sacrae autem res sunt hae, quae publice consecratae sunt, non privatae. Si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est, sed profanum „ (2). Lo stesso Diritto Canonico riconosceva che l'oratorio privato restava in proprietà di chi l'aveva edificato; solo aveva preso le precauzioni opportune ad impedire le profanazioni pel caso di alienazione. Nell'odierno diritto la piena commerciabilità dell'oratorio privato è fuori di discussione. La cappella, l'oratorio esistente nella casa, nella villa del privato, è una proprietà di ragion civile, alienabile ed usucapibile (3).

Anche per le chiese vale il principio supremo, che la cosa di sua natura capace di appropriazione diviene incommerciabile solo per effetto della sua destinazione essenziale all'uso pubblico o diretto o indiretto. Ma una destinazione di tal genere non può mai avere la sua origine nel fatto del privato. Alla sola autorità sociale compete l'alta funzione di sottrarre certe cose all'umano commercio per adibirle al raggiungimento degli scopi superiori, cui mirano i civili consorzi. Anche la destinazione della *res sacra* all'uso pubblico è soggetta a cotale regola; e non servirebbe di equipollente alla osservanza del precetto il fatto di essere la chiesa aperta al pubblico (4).

---

(1) C. C. Roma, 23 marzo 1882; *Legge*, 1882, 1, 650.

(2) Fr. 6, § 3, D. *de div. rer.*, 1, 8.

(3) C. A. Casale 27 aprile 1894; *G. T.*, 1894, 488; SCILLAMÀ, Op. cit., 1, pag. 518; TROPLONG, n. 170, il quale incorre in errore quando afferma che " chez les Romains une chose sacrée ou sainte devenait imprescriptible par cela seul qu'elle portait le sceau de la religion nationale, quoique qu'elle ne servît qu'à l'usage d'un simple particulier „.

(4) C. C. Napoli, 17 maggio 1900, *Legge*, 1900, II, 338: C. A. Cagliari 6 giugno

Riesce quindi manifesta la sostanziale differenza dell'attuale legislazione da quelle che l'hanno preceduta. In essa l'incommerciabilità della *aedes sacra* ritorna al suo fonte naturale della pubblica utilità; dura fino a che persiste la destinazione al pubblico uso, e cessa quando questa vien meno. Cotale diversità spiega la sua influenza anche sul modo con cui il cambiamento di destinazione ha luogo; poichè basta a produrlo un atto dell' autorità civile, senza che occorra la dissacrazione. Di fatto per le leggi di soppressione degli ordini monastici e di eversione dell'asse ecclesiastico un' ingente quantità di chiese venne convertita a scopi profani. L'innovazione introdotta dalla moderna civiltà e in ispecie dal patrio Diritto, uno dei più progressivi, è radicale, è una vera rivoluzione; è la rivendicazione dei legittimi e indefettibili poteri dello Stato dopo la lunga signoria esercitata dal *Jus* Canonico.

48bis. — Dal fin qui detto emerge che le sole chiese pubbliche, nel rigoroso senso della parola, sono *extra-commercium*. Le altre tutte, siano di privati cittadini, siano di Enti laicali o ecclesiastici (Confraternite, Monasteri) (1), sono in commercio alienabili ed usucapibili. A me sembrano del tutto esatti ed accoglibili i criteri proposti dalla C. C. Roma nella sua sentenza 23 marzo 1882 (2) per la determinazione delle chiese pubbliche. La Suprema Corte prende per sua premessa il concetto, che è veramente fondamentale in materia, che la destinazione al pubblico uso non deriva dal fatto materiale dell' universalità dell'uso, ma deve avere per sua causa la volontà generale della società ordinata nei suoi poteri pubblici; e lo applica poi alla materia ecclesiastica, osservando che l'elemento pubblico ha, oltre a quello politico, un lato religioso determinato organicamente nelle diverse sfere della potestà spirituale della Chiesa cattolica, avente rapporti pubblici cogli organismi civili del Comune, della Provincia, dello Stato; e ne deduce che un carattere pubblico ecclesiastico si trova nelle giurisdizioni spirituali delle potestà ecclesiastiche, come nelle chiese ad esse occorrenti, in soddisfazione del bisogno religioso dei cittadini, ordinati pubblicamente nel Comune, nella Provincia, nello Stato, quali sono la parrocchia, il duomo vescovile e la basilica, la coadiutoria con cura d'anima.

1896, *Legge*, 1896, 2, 192; C. C., Roma, 28 marzo 1893; *Legge*, 1893, 1, 613; C. C. Torino, 21 luglio 1888, *G. T.*, 1888, 500; stessa C. C., 18 agosto 1881; *Legge*, 1882, 2, 115.

(1) È controverso se le chiese palatine di patronato regio appartengano al pubblico demanio. Vedi cit. sent. 28 marzo 1893 della C. C. Roma, con nota del SAREDO.

(2) *Legge*, 1882, 1, 650.

Entro questi limiti, che sono segnati dall'ordinamento ecclesiastico riconosciuto dallo Stato, non esito ad ammettere la incommerciabilità della Chiesa. Certo alla Potestà ecclesiastica ed ai suoi ministri è stata tolta qualsiasi funzione di carattere politico. Gli atti dello stato civile spogli di ogni elemento confessionale sono formati da funzionarii pubblici; il matrimonio in ogni suo effetto sociale ed economico è regolato dal Codice Civile; i cimiteri sono posti sotto la sorveglianza dello Stato e del Comune. Ma la Potestà ecclesiastica nella sua gerarchia dal Sommo Pontefice al semplice ministro con cura d'anima è riconosciuta nelle leggi italiane; e nei suoi rapporti coi Poteri dello Stato esistono il *placet* e l'*exequatur*. È poi decisivo per la risoluzione della questione l'art. 299 Legge Com. e Prov. (testo ultimo 4 maggio 1898), il quale con un disposto, che è la riproduzione di quelli contenuti nelle precedenti leggi amministrative, dichiara obbligatorie pei Comuni le spese per la conservazione degli edificii inservienti al culto pubblico, come quello che una frase precisa sancisce e delimita ad un tempo la incommerciabilità della *aedes sacra*.

Ma l'art. 299 Legge Com. e Prov. non autorizza menomamente la costruzione di un demanio ecclesiastico, che farebbe parte di quello del Comune, ov'è la popolazione, ai cui fini religiosi esso inserve (1). È una costruzione non solo arbitraria, perchè nessuna legge attribuisce al Comune il complesso delle cose sacre, religiose o sante esistenti nel suo territorio, ma ripugnante ai principii essenziali del diritto vigente. Non esiste più un demanio ecclesiastico; le proprietà ecclesiastiche sono proprietà dei singoli istituti ecclesiastici e sono rette dalle leggi civili. A queste vanno soggette eziandio le chiese; le quali saranno liberamente alienabili, se proprie di privati cittadini, e non potranno alienarsi se non coll'autorizzazione governativa, se di spettanza di istituti ecclesiastici, tale essendo la condizione di qualsiasi loro proprietà. Un'unica eccezione, deve farsi per quelle chiese che giusta i riflessi testi svolti sono riconosciute inservienti al culto pubblico, e come tali sono coperte dalle prerogative della inalienabilità e della imprescrittibilità (2).

La incommerciabilità della *aedes sacra*, così limitata nel suo

---

(1) Scillamà, Op. cit., 1, pag. 515 e 517; Gabba, *Foro It.*, 1890, 1, 757; Nota sulla *G. T.*, 1888, 181; C. C. Roma, 14 settembre 1900, *Legge*, 1900, II, 617.

(2) I criterii adottati per istabilire quali fra le *aedes sacrae* siano fuori commercio conducono a negare la incommerciabilità dei tempii ed oratorii dedicati alla professione dei culti acattolici, sia perchè non sono collegati ad un ordinamento ecclesiastico avente rapporti pubblici cogli organismi civili del Comune, della Provincia, dello Stato, sia perchè l'elemento della universalità dell'uso manca in cotali *aedes sacrae*.

contenuto e nella sua estensione regge contro le censure, che ad essa furono rivolte.

Si è obbiettato, ed è l'argomento principale, che la teorica della incommerciabilità non ha più base alcuna nella legge positiva imperante. L'argomento avrebbe importanza, se la teorica si volesse costruire sui concetti del Diritto Romano o di quello Canonico, che vennero ripudiati dalla legislazione vigente; o se si volesse ad essa dare per fondamento un preteso Demanio ecclesiastico; ma non ne ha invece alcuna, quando la incommerciabilità delle chiese pubbliche si asside sugli elementi comuni a tutte le *res extra-commercium* per destinazione sociale.

Nè si opponga che l'art. 427 Cod. civ. contiene un'enumerazione tassativa. A tacere che è questione disputatissima, se sia o non tassativo il disposto, è evidente che la risoluzione affermativa non basterebbe a sciogliere il nodo, poichè l'art. 432 Cod. civ. pei beni dei Comuni e delle Provincie non stabilisce più alcuna categoria. Ora data una Chiesa inserviente al culto pubblico e di spettanza di un Comune o di una Provincia, essa apparterrebbe senza dubbio al loro demanio pubblico. Senza dubbio del pari sarebbe *extra commercium*. Assorgendo a considerazione più generale, vuolsi rilevare che gli art. 425 e segg. del Cod. civ., compresi sotto la rubrica " dei beni relativamente alle persone cui appartengono ,, hanno ben altro scopo che quello di disciplinare la materia della incommerciabilità e solo per incidente s'incontra fra di essi qualche disposizione, che la concerne. Così l'art. 430 proclama l'inalienabilità dei beni del demanio pubblico; per contra l'art. 432 nulla dice dei beni di uso pubblico del Comune e della Provincia. La verità si è che i beni costituenti il demanio dello Stato, del Comune e della Provincia sono bensì cose incommerciabili, ma non tutte le cose incommerciabili. Di tale verità fanno fede gli art. 1116 e 2113 Cod. civ., i quali evidentemente ammettono la esistenza di altre cose *extra-commercium*. Nè varrebbe obbiettare che queste altre cose incommerciabili siano quelle sfuggenti per loro natura all'appropriazione e al commercio (1); perchè la limitazione, oltre a non avere alcun fondamento teorico, per di più è ripudiata dall'art. 1116 ed urta contro l'art. 690 per la perfetta correlazione tra il contenuto del possesso e quello della proprietà.

Si è anche detto che le chiese inservienti al culto pubblico sono bensì edifizii di uso pubblico, ma non sono dotate del carattere della demanialità, perchè ad esse manca il requisito essenziale del riconoscimento esplicito per parte della pubblica autorità; e si è

---

(1) Ratto; *Legge*, 1895, 2, 572.

anche tratta in campo la difficoltà di distinguere tra chiese destinate e chiese semplicemente aperte al pubblico uso (1).

La prima di queste due obbiezioni è la ripetizione sotto altra forma dell'argomento, a cui si è già risposto. Vi hanno chiese incommerciabili di carattere demaniale, secondo gli art. 427 e 432 Cod. civ., e sono quelle destinate al culto pubblico e di spettanza nello stesso tempo dello Stato, del Comune e della Provincia, e hannovene altre incommerciabili del pari secondo le distinzioni poco sopra stabilite, quantunque non demaniali. La controversia, anzi, a guardare un po' a fondo, non può concernere che questa seconda categoria di *aedes sacrae*, perchè della prima la incommerciabilità è sancita da espresse disposizioni della legge positiva. D'altro canto si conceda pure che per imprimere ad una cosa il carattere della demanialità occorra il riconoscimento da parte dello Stato; ma concedere del pari si deve pei più noti ed elementari principii che il riconoscimento può essere anche tacito. Ed a non voler rinnegare la tradizione giuridica e la storia è impossibile negare che le chiese *publico usui destinatae* siano sempre state riconosciute dall'Autorità pubblica. Era una condizione di cose esistente da secoli, e non già per riconoscerla, ma sì per sovvertirla occorreva una dichiarazione espressa. Una mutazione organica vi fu per certo, prodotta dalla diversità nei principii informatori delle succedutesi legislazioni; la quale ha avuto per conseguenza di sostituire ai sistemi prima vigenti un altro del tutto differente e di restringere l'orbita della incommerciabilità delle chiese; ma entro la nuova orbita l'incommerciabilità trova tutti i suoi elementi. Ma per quanto, a mio avviso, non necessario, tuttavia è lecito ritenere che il riconoscimento espresso della incommerciabilità degli edifici inservienti al culto pubblico si trova nel già citato art. 299 Legge Com. e Prov.

La difficoltà di distinguere tra chiesa di uso pubblico e chiesa semplicemente aperta al pubblico, col conseguente corollario di arbitrii e di incerti e varii apprezzamenti del Giudice, magnificata allo scopo di dimostrare praticamente poco utile la distinzione (2), non sussiste perchè nella teoria da me seguita l'incommerciabilità della chiesa posa su di un elemento preciso, come si è quello di essere essa adibita all'esercizio di una giurisdizione spirituale riconosciuta dallo Stato. L'ipotesi della chiesa posta in luogo impervio, lontano dalla parrocchia, a cui, sopra tutto nella brutta stagione,

---

(1) DATTINO, Op. cit., pag. 50 e 60.
(2) DATTINO, Op. cit., pag. 60.

malagevolmente si accede (1), è di pronta soluzione, perchè quella chiesa o è una coadiutoria, ed è incommerciabile; o non lo è, ed è commerciabile. Ma in ogni caso bisogna tener calcolo del diritto civico che il popolo vi abbia potuto acquistare coll'uso immemoriale (2).

48[ter]. — Secondo la Romana Giurisprudenza anche quando l'edifizio sacro fosse diroccato, il suolo continuava ad essere *divini juris*, e sottratto al commercio (3). La regola diametralmente opposta deve essere seguita nel diritto vigente, in cui la incommerciabilità dell'edificio di culto dipende esclusivamente dalla sua destinazione attuale al pubblico uso. Alle *aedes sacrae* va adunque applicata la stessa norma che per le cose appartenenti al Demanio pubblico dello Stato, della Provincia e del Comune (4). La chiesa che o per un evento naturale o per volontà della pubblica autorità non serve più allo scopo primitivo, cessa eziandio di essere fuori commercio; e, se per lungo tempo venga abbandonata, chiusa ai fedeli, spoglia di tutti gli apparati del culto, priva di tutti i simboli e segni dell'ufficio antico, non può più considerarsi quale una chiesa. La dissuetudine produce il suo effetto anche su questo genere di cose; nè vi sarebbe ragione che nol producesse. A *fortiori*, quando la Chiesa è atterrata, il suolo, che era sottratto al commercio solo perchè su di esso sorgeva l'edifizio sacro, ridiventa immediatamente commerciabile.

48[quater]. — Il diritto romano aveva esteso la qualità di cosa sacra ed inalienabile (5), anche ai vasi ed agli arredi occorrenti pel culto,

---

(1) Dattino, *ibid.*

(2) Per l'incommerciabilità, in vario senso, C. C. Roma, 23 marzo 1882; 14 sett. 1900, *Legge*, 1882, 1, 650; 1900, II, 617; C. C. Torino, 18 agosto 1881 e 21 luglio 1888; *Legge*, 1882, 1, 115 e *G. T.*, 1888, 500; C. C. Firenze, 16 febbraio 1888, *G. T.*, 1888, 181; C. C. Napoli, 12 gennaio 1888, *Legge*, 1888, 2, 121; C. A. Genova, 25 giugno 1895, *Legge*, 1895, 2, 560; C. A. Cagliari, 6 giugno 1896, *Legge*, 1896, 2, 192; C. A. Palermo, 4 febbraio 1898, *Legge*, 1898, 1, 628; Gabba, *Foro It.*, 1890, 1, 748; e *Quest. di Dir. civ.*, 1, pag. 132; Saredo, *Legge*, 1893, 1, 618; Palladini, *L'alienabilità*, capo VII; Scillamà, Op. cit., 1, pag. 516; Giorgi, *Persone Giur.*, VI, n. 14 e segg. — per la commerciabilità, C. A. Genova, 19 gennaio 1885, *Legge*, 1885, 1, 816; 13 febbraio 1885, *Giur. It.*, 1885, II, 178; Mortara, Chironi, Dattino, Ratto, ll. cc.

(3) " Locus autem, in quo aedes sacrae sunt aedificatae, etiam diruto aedificio, sacer adhuc manet, ut et Papinianus scripsit ,, § 8, I. *de div. rer.*, 2, 1. " Semel autem aede sacra facta, etiam diruto aedificio, locus sacer manet ,, Fr. 6, § 3, *de div. rer.*, 1, 8.

(4) Sopra n. 43[ter] e n. 45[ter].

(5) § 8, I, *de rer. div.* 2, 1; L. 21, C. *de sacr. eccles.*; 1, 2; Nov. 7, c. 8; Nov. 120, c. 10. L'alienazione di cotali oggetti era solo permessa per redimere *captivi*.

purchè dedicati nelle debite forme al ministerio divino, *quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt*, come dice il § 8, I, *de rer. div.* Vige ancora la disposizione del Diritto romano? Il Le Roux de Bretagne (1) la vorrebbe restringere ai vasi sacri ed alle reliquie. Il Borsari (2), stima che cotali arredi seguono la condizione della Chiesa. Il Troplong (3), li crede in commercio ed alienabili; e così sta la cosa. Gli oggetti, di cui è parola, non sono *pubblici*, appartengono invece alla chiesa od all'opera, e possono essere cambiati, venduti e donati.

48quinquies. — È controverso se i cimiteri pubblici (4) appartengano al Demanio o al patrimonio del Comune. Io non esito a collocarli fra i beni di uso pubblico, inalienabili ed imprescrittibili. Anzitutto ripugna al senso morale che i luoghi, dove si accolgono le spoglie mortali, possano far parte del patrimonio del Comune e confondersi coi beni suoi redditizii, suscettivi di speculazioni e di operazioni finanziarie. È egli lecito concepire che il cimitero pubblico sia sottoposto ad ipoteca a garanzia di un mutuo contratto dal Comune? V'hanno concetti, che sono più facili a percepirsi coll'intelletto, che a dimostrarsi col ragionamento; di essi uno è quello della demanialità del cimitero pubblico, checchè in contrario sia piaciuto anche ad insigni giuristi. In secondo luogo viene la destinazione del cimitero pubblico. Come dice il suo nome, esso è a tutti aperto, come madre pietosa, che ne tutelerà l'eterno riposo. Qualsiasi umana persona, dopochè avrà chiuso gli occhi al dolce lume del sole, là avrà diritto all'ultimo ricovero. L'art. 175, n. 11, Legge Com. e Prov. annovera fra le spese obbligatorie dei Comuni quelle pei cimiteri; e l'art. 94 del Regolamento di Polizia mortuaria dice che nei cimiteri comunali devono essere ricevuti: i cadaveri delle persone morte nel territorio del Comune, qualunque ne fosse in vita il domicilio, di quelle morte fuori del Comune, ma che vi avevano in vita il domicilio legale, e di quelle altre che, pur non essendo nè domiciliate nel Comune, nè morte nel suo concentrico, hanno diritto ad una sepoltura privata di famiglia nel cimitero. Se in tutto questo non trovasi dalla legge espressamente sanzionato l'uso universale e gratuito, cioè il requisito voluto dalla dottrina più

---

(1) Op. cit., n. 197.
(2) *Comm. Cod. civ.*, n. 4392.
(3) *Prescr.*, n. 173.
(4) Dicendo: cimiteri pubblici — intendo cimiteri di un Comune o di un Consorzio di Comuni, art. 88 e 92 Regolamento di Polizia mortuaria.

rigorosa, non so davvero in quale altra categoria di beni si potrà rintracciare (1).

Il carattere del cimitero pubblico non è snaturato dalle concessioni di private sepolture che il Comune è autorizzato a fare (2); poichè è assioma da tutti accettato che la destinazione di certe cose al pubblico uso si concilia con tutti i rapporti di diritto privato, che non la offendono e non la menomano (3). La riunione entro un solo recinto del cimitero pubblico e della sepoltura privata potrebbe avere il risultato di estendere la demanialità da quello a questa per la preponderanza della cosa principale sulla secondaria, non mai quello inverso.

Oltre ai cimiteri pubblici siti in terreno di proprietà del Comune, ve ne sono di altre specie:

a) cimiteri pubblici aperti sopra suolo privato;

b) cimiteri per uso di Congregazioni o di Associazioni civili o religiose (4);

c) cimiteri aperti da stranieri per la deposizione dei loro connazionali (5).

d) cimiteri per uso esclusivo di private famiglie (6).

Qual è la condizione giuridica di questi cimiteri? Parmi si debba distinguere la prima specie dalle altre, come quella che non si differenzia dal cimitero di demanio comunale se non per la mancanza di un requisito, quello della proprietà del suolo. Ma cotale mancanza non esercita alcuna influenza sulla destinazione della cosa. Nella ipotesi al Comune spetta sul suolo altrui un *jus sepulcri* giuridicamente identico alla sepoltura privata in cimitero comunale. E tale *jus sepulcri*, al cui uso avrebbero ad essere ammessi tutti i membri del Comune, costituisce, a mio giudizio, un bene d'uso pubblico posto fuori di commercio; poichè per quanto si voglia sottilizzare, non si riuscirà a stabilire una differenza nelle due forme di attuazione dell'uso universale del cimitero, secondochè il suolo sia proprio del Comune, o su di esso a questo competa semplicemente un *jus sepulcri*.

Ma diversa assolutamente è la condizione delle altre specie di

---

(1) Confor. PRANZATARO. *Il Diritto di Sepolcro*, pag. 378 (questo autore ritiene che i cimiteri sono non *in proprietate* ma *in protectione* dei Municipii); SAREDO nella *Legge*, 1877, 3, 149; BIANCHI, IX, parte 1ª, pag. 559; GIRIODI, Op. cit. 94; contra FADDA nel *Foro It.*, 1888, 1, 420 e segg.

(2) Art. 97, Regol. P. M.

(3) Vedi FADDA, loc. cit., pag. 431.

(4) Art. 107, Regol. P. M.

(5) Art. 108, Regol. P. M.

(6) Art. 110, Regol. P. M.

cimiteri, nei quali fanno difetto indistintamente i requisiti tutti della incommerciabilità. Per certo la loro destinazione, assoggettandoli a tutte le norme che per tutela della igiene e della moralità sono state dettate dal legislatore, apporta tali limitazioni alla loro commerciabilità, che di questa effettivamente non rimane che una pura larva, poichè su quel suolo un terzo non potrebbe acquistare altro diritto attuale che non sia quello di sepoltura. La mutazione dell'uso di quel suolo non potrebbe avvenire che dopo lungo spazio di tempo dal dì in cui avesse cessato di servire da cimitero (1). Non vi ha quindi dubbio, che chi abbia acquistato un diritto su di un fondo, legittimamente si opponga alla sua destinazione ad uso di cimitero per associazioni o famiglie.

Resta a vedere se le private sepolture in cimitero pubblico siano o non in commercio.

Tutto quanto si riferisce a questa forma di *jus sepulcri* è oggetto di dissensioni.

Si disputa anzitutto se sia un diritto personale o un diritto reale. A ritenerlo reale propendono la dottrina e la giurisprudenza (2); ma poi tra i fautori di quest'opinione non v'è accordo nel definire la categoria del diritto, chi avendolo equiparato alla superficie (3), chi avendone fatto una proprietà *sui generis* (4), chi un diritto reale pure *sui generis* (5). A me sembra che la questione trovi la sua soluzione nei principii che reggono l'uso dei cimiteri pubblici. In essi ciascun membro della *universitas* ha il diritto strettamente personale alla inumazione delle sue spoglie mortali; la concessione di sepolture private è un modo singolare e privilegiato, con cui dalla legge è autorizzato il privato ad esercitare il suo diritto, quando l'effettuazione di tal modo non leda l'uso competente a tutti gli altri. È sempre il medesimo diritto che viene esercitato, sia che il privato venga inumato nel campo comune, sia che venga sepolto nella tomba particolare. La concessione non crea quindi un nuovo diritto, ma dà semplicemente una forma nuova a quello primitivo, che nella sua sostanza rimane immutato. Nè la mutazione può derivare dalle costruzioni, non di rado sontuose, poichè se i cimiteri dànno ricovero agli avanzi dei defunti, dànno anche albergo alla vanità fastosa

(1) Art. 103, Regol. P. M.

(2) In tal senso C. C. Torino, 20 giugno 1895, *G. T.*, 1895. 719; C. A. Torino, 21 febbraio 1890, *G. T.*, 1890, 306; Fadda, loc. cit., pag. 429; Giriodi, op. cit., n. 95; Pranzataro, op. cit., pag. 297 e segg.

(3) Fadda, loc. cit.

(4) Pranzataro, op. cit., pag. 305.

(5) Giriodi, loc. cit.

dei vivi; esse sono pur sempre una cosa accessoria, una delle svariate maniere, con cui il *jus sepulcri* si attua. La sepoltura potrebbe aver luogo anche coll' inumazione nell'area distinta, priva di qualsiasi monumento. E in questo caso si direbbe che il *jus sepulcri* non è più quello, o si ricercherebbe il diritto che il cadavere esercita sul suolo, che lo ricopre?

Anche più vivamente è controversa la commerciabilità del sepolcro privato; e valorosi giuristi hanno sostenuto che esso è alienabile ed usucapibile. Per certo il *jus sepulcri* fa parte del patrimonio; ma il riflesso non è decisivo, perchè l'uso e l'abitazione sono diritti patrimoniali eppure non si possono nè cedere, nè affittare, e la stretta relazione tra questi diritti e quelli di sepolcro è ad ognun visibile. L'alienazione offende in ogni caso il Comune, e potrebbe ledere le legittime aspettative di altri aventi diritto. Occorrerà adunque il consenso del Comune e degli aventi diritto; e date tutte queste condizioni, si ha meglio una nuova concessione, che non un'alienazione; gli antichi concessionarii rinunciano alla sepoltura particolare, ed altri la acquistano. Le disposizioni dei Regolamenti comunali, che accordano la facoltà di alienare, vanno considerate come autorizzazione preventiva, e come conferma della regola generale, senza cui non avrebbero scopo, nè senso (1).

All'acquisto del *jus sepulcri* per mezzo di usucapione faranno praticamente difetto, in ogni caso, gli elementi necessarii, ciò che è perentorio. Ma considerando il *jus sepulcri* sotto il profilo da me stabilito, farà difetto per di più, anche senza ritenerlo per cosa *extra-commercium, la res habilis*, capace di possesso.

Le considerazioni fin qui esposte mi conducono poi a negare che il *jus sepulcri* possa essere oggetto di espropriazione forzata, poichè questa avverandosi contro la volontà dei concessionarii antichi, e non potendo tenere luogo di una nuova concessione, non potrebbe mai avere il risultato di autorizzare l'immissione nel sepolcro particolare di chi non vi ha diritto. Aderisco quindi pienamente alla patria giurisprudenza (2), ma per motivi del tutto diversi, avendomi più matura riflessione indotto ad abbandonare il concetto della religiosità del sepolcro che altra volta ebbi a professare.

---

(1) Il concetto da me sostenuto trova un appoggio nella disposizione della lettera *c*, dell'art. 94 del Regolamento di P. M., da cui per ragione dei contrarii si desume che secondo lo spirito della legislazione vigente i cadaveri di estranei non possono immettersi nella sepoltura di famiglia.

(2) C. A. Napoli, 8 marzo 1899, *Legge*, 1900, 1, 202; 7 marzo 1887, *ibid.*, 1887, 2, 21; C. A. Torino, 13 giugno 1896; 25 luglio 1882, *Legge*, 1896, 2, 373; 1882, 2, 664; C. C. Torino, 22 novembre 1883, *Legge*, 1884, 1, 662.

Ritengo poi che tutto l'apparato esterno (statue, ornamenti, corone, ritratti e simili) non strettamente e necessariamente collegati coll'esercizio del *jus sepulcri* possa essere appreso dai creditori, non essendovi motivo alcuno di sottrarre alla loro azione queste cose costituenti un accessorio della tomba, di cui costituiscono soltanto un abbellimento, e da cui possono separarsi, senzachè il *jus sepulcri* venga offeso o menomato (1).

49. — L'art. 2114 del Cod. civ. dispone che lo Stato pei suoi beni patrimoniali, e tutti i Corpi morali sono soggetti alla prescrizione, e possono opporla come i privati. Invero, oltre i beni demaniali non soggetti all'usucapione, lo Stato ha a titolo di privata e civile proprietà altri beni sui quali ha gli stessi poteri che il privato cittadino ha sulle sue cose (2). Gli stessi beni demaniali, cessata la loro destinazione, diventano patrimoniali. Questi beni sono alienabili colle forme e cautele dalla legge prescritte e sono usucapibili. La distinzione delle due personalità, politica e civile, in virtù delle quali da un canto lo Stato attende ai servizi generali necessarî all'esistenza ed al miglioramento del sociale consorzio, dall'altro contratta, aliena, acquista come una persona privata, cogli stessi diritti e cogli stessi obblighi, chiarisce e giustifica il disposto, di cui ragioniamo. Forse non eravi pur bisogno di un'espressa statuizione, la imprescrittibilità delle cose demaniali derivando dalla loro natura o destinazione, non dalla pertinenza allo Stato. Ma il nostro legislatore, a simiglianza del Francese, la inserì nel Codice per viemmeglio consacrare il principio che l'êra dei privilegi del Fisco o del Demanio della Corona è finita.

Come detta l'art. 2114, le Provincie ed i Comuni pei loro beni patrimoniali, ed in genere tutti i Corpi morali sono soggetti alle norme comuni. La formale menzione dei Corpi morali fa palese l'intendimento del nostro legislatore di non voler più riconoscere prescrizioni privilegiate, come quelle che il Diritto Medioevale aveva introdotto. È noto che la Chiesa Romana, secondo il *Jus Pontificio*, non ammetteva contro di sè che la centenaria; le altre chiese non soffrivano neppure la *longissimi temporis praescriptio*, ma si erano arrogate il diritto di sottostare alla sola quadrage-

(1) Vedi per la commerciabilità del *jus sepulcri* Fadda, loc. cit.; C. A. Torino, 27 aprile 1894, *G. T.*, 1894, 364. Contra, Pranzataro, op. cit., 319; C. A. Napoli, C. A. Torino, C. C. Torino, sent. cit. alla nota precedente.

(2) Tali sono i beni che provengono dalle eredità vacanti, gli immobili incamerati e simili.

naria; le città, prevalendosi di una costituzione Giustinianea (1), pretendevano anch'esse di essere soggette alla sola centenaria. L'Ordine di Malta, non pago di alcuna prescrizione privilegiata, aveva proclamato l'imprescrittibilità dei suoi beni. I Codici moderni hanno tolto di mezzo tutte queste irragionevoli pretensioni. Tutto è rientrato nell'ordine. Privati e Corpi morali ecclesiastici o laici sono in ugual misura e in ugual grado sottoposti alla prescrizione ed ammessi a valersene senza privilegi e senza differenze (2).

SEZIONE II.

Cose e diritti non usucapibili per divieto di legge.

Sommario: 50. *Gli atti illeciti contrarî all'ordine pubblico ed ai buoni costumi non sono fondamento di usucapione. - Acquedotto sotto il suolo stradale. - Atti contrarî ai disposti degli art.* 573 *e* 574 *Cod. civ.* — 51. *Entro quali limiti e con quali temperamenti meriti ancora osservanza la l.* 6, *C.* de operibus publicis. — 52. *Non si può acquistare il diritto d'inquinare i corsi delle acque pubbliche. - Si respinge un' eccezione proposta dal Troplong.* — 53. *Non si acquista coll'usucapione il diritto d'inondare il fondo altrui.* — 54. *Il solo divieto dell'uomo non può rendere imprescrittibile una cosa o un diritto.*

50. — Gli atti contrarii ad un principio di morale o ad un disposto di legge proibitiva, cozzanti coll'ordine pubblico o coi buoni costumi (3), per quanto a lungo ripetuti senza incontrare per stra-

---

(1) La concessione della centenaria alle città venne fatta da Giustiniano colla L. 23, C. *de Ss. eccles.*, 1, 2; ma pare sia stata revocata colla posteriore Nov. 111. Questa almeno la *communis opinio* (*vedi* Arndts-Serafini, § 108, nota 1).

(2) Confr. Laurent, XXXII, n. 13.

(3) Che cosa sono i buoni costumi, che cosa l'ordine pubblico? Quanto ai buoni costumi, piacemi riportare quanto ne scrisse Donello " Mores idem sunt, quod consuetudo, et quod diuturnus usus et consensus utentium comprobavit " L. *de quib.*, 32, D. *de legibus*, 1, 3; § *sine scripto*, 9, I, *de jure nat.*, 1, 1. " Boni mores ii, qui sunt cum honestate conjuncti vel potius cum natura et jure gentium, quibus sequimur id, quod natura certum et honestum est, quod ex gentium jure " ad 1, 6, C. *de pactis*, 2, 3, n. 4. Per buoni costumi possiamo intendere quel complesso di azioni che ciascun uomo è tenuto a fare o da cui per converso deve astenersi, se non vuol incorrere nel biasimo e nella riprovazione dei suoi concittadini.

Il Mattirolo nel suo celebrato *Commento sulla procedura civile* (vol. I, n. 137, 4ª edizione), così definisce le leggi di ordine pubblico: " Ma nel dare questi

nezza di eventi alcun ostacolo od alcuna molestia, non possono fornire il mezzo di acquistare un diritto. Ciò è cosa di tutta evidenza. Come sono vietati e di nessun effetto i contratti, che pugnino colla morale e colla legge, così è pure impedita l'usucapione, che in sostanza imita e pareggia la convenzione. Ed egregiamente diceva la C. C. Napoli determinando la ragione per cui gli atti illeciti sono inabili all'acquisto per usucapione: " La prescrizione acquisitiva di un diritto che la legge non riconosce, al pari che la estintiva di un obbligo, che essa impone assolutamente per ragione di pubblica utilità, è impossibile, imperocchè la legge non potrebbe essa stessa costituire diritti nell'interesse universale e consentire che siano distrutti per fatto e volontà di alcuno " (1).

La giurisprudenza ha con giusta e lodevole severità applicato cotali principii. Venne deciso che gli atti di possesso che costituiscono azioni illecite e vere contravvenzioni non possono, qualunque sia il decorso del tempo, servire all'acquisto di un diritto (2).

Venne pur giudicato che non si può acquistare il diritto di tenere un acquedotto sotto una via pubblica, tanto più se mandi esalazioni nocive (3). Veramente nella specie ogni influenza del possesso era esclusa da parecchi motivi perentorii: 1° il sottosuolo delle vie pubbliche non può essere assoggettato a servitù in favore di privati; 2° un acquedotto che mandi nocive esalazioni è proibito dalle leggi e dai regolamenti di pulizia e di igiene; 3° ed infine, pur prescindendo da ogni considerazione di universale interesse, un acquedotto sotterraneo costituisce una servitù non apparente e non acquisibile per usucapione.

La C. C. Napoli nella citata sentenza a buon diritto proclamava che la disposizione dell'art. 573 Cod. civ. ha per iscopo precipuo

---

provvedimenti talvolta il legislatore intende soltanto a definire e regolare i diritti privati, a governare i loro rapporti giuridici nel modo più conforme al loro bene particolare: talvolta invece si preoccupa direttamente dell'interesse pubblico e mira con le sue disposizioni a tutelare opportunamente l'interesse politico o economico o morale dello Stato ". Altrove ribadisce lo stesso concetto: " Le disposizioni di ordine pubblico, alle quali i privati non possono derogare, sono esclusivamente quelle che hanno per iscopo l'interesse politico, od economico o morale dello Stato ". Ordine pubblico adunque è l'ordine che riguarda non ogni cittadino nei suoi privati interessi, ma tutti i cittadini composti ed ordinati ad Ente Sociale; e risulta da una nozione complessa, i cui termini sono i seguenti: l'interesse politico, l'economico, il morale dello Stato.

(1) Sent. 10 gennaio 1884, *Legge*, 1884, 2, 338.
(2) C. C. Torino, 7 febbraio 1885, *G. T.*, XXII, 222.
(3) C. C. Franc., *Ch. req.*, 15 febbraio 1828.

la tutela dell'igiene pubblica, e che di conseguenza non si può acquistare per usucapione il diritto di tenere una latrina a distanza minore di quella ivi prescritta.

A ragioni di universale sicurezza s'informano pure i precetti contenuti nell'art. 574 Cod. civ., il quale dispone che i camini, i forni, le fucine, le stalle, i magazzini di sale, ecc., debbono essere costruiti a certe distanze, e colla esecuzione di certe opere per rimuovere ogni pericolo ed ogni danno. E giustamente decideva la C. A. Palermo (1), non potersi acquistare mediante il possesso il diritto di tenere un forno od un camino non eseguito secondo le norme stabilite dai regolamenti locali, od, in mancanza, dall'autorità giudiziaria.

51. — La l. 6, C. *de operibus publicis*, 8, 12, riferisce una notevole costituzione degli Imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio: " Praescriptio temporis juri publico non debet obsistere (2), sed nec rescripta quidem, atque ideo diruenda sunt omnia, quae per diversas urbes, vel in fôro, vel in publico quocumque loco contra ornatum, et commodum et decoram faciem civitatis extructa sunt ". Il concetto, onde muove questo rescritto, è vero, esatto e degno di osservanza anche oggidì. Le norme di edilizia imponenti modi e limiti alle private fabbricazioni negli abitati, sì che belle a vedersi per il rispetto alle regole dell'arte, sane e pulite per ossequio alle regole imperiose della igiene riescano le abitazioni, fanno certamente parte del diritto e dell'ordine pubblico. Tuttavia parmi sia necessaria una limitazione alla regola stabilita dalla mentovata l. 6. Le conseguenze che ne proverrebbero, se nessun decorso di tempo valesse a legittimare le opere che non si conformano all'ornato ed al comodo della città, impongono di restringere la regola entro quei discreti confini, che consiglia la ben intesa equità a conciliazione di tutti gli interessi. Toccai già di questa quistione, quando parlai della imprescrittibilità della via pubblica in tutta la sua larghezza, e poichè le ragioni allora discorse calzano anche al caso

---

(1) Sent. 7 aprile 1883, *Circ. Giur.*, IV, 259.

(2) Bella ed elegante sentenza, che s'ispira ad un sentimento profondo di giustizia e di verità. Essa è giusta, è vera oggi, come in quel tempo in cui venne promulgata. Credo opportuno rilevare che la nozione del *Jus publicum* è accolta in questo rescritto in un senso molto più ampio di quello ad essa attribuito dai giureconsulti. Per questi *Jus publicum* è il diritto che riguarda la Romana Repubblica, *quod ad statum rei Romanae spectat* (Fr. 1, § 3, verb. *Jus publ.*, D. *de just. et jur.*, 1, 1), nel rescritto invece *Jus publicum* è quello che concerne non gli interessi dei singoli cittadini, ma il vantaggio di *tutto il pubblico*.

presente, mi rimetto a quanto ivi ebbi a dire. E tengo per certo che non si potrebbe dopo un lungo trascorso di tempo far demolire la parte di un edifizio che sporga sul suolo pubblico solo perchè la disposizione simmetrica della via ne resta guasta. Le private costruzioni furono per lunga pezza abbandonate a sè stesse senza norme e senza freno. Non prescritto il tracciato delle vie, non segnata la larghezza; ognuno edificava come meglio gli talentasse. Onde vie strette e tortuose; case basse, quasi tugurii, a fianco di palazzi alti e superbi. Nessun principio di ragione o di giustizia consentirebbe di ordinare la demolizione di quegli edifizii da tempo costrutti, sotto pretesto che deturpano *ornatum, commodum et decoram faciem civitatis*. E notisi ancora che il rescritto concerne i soli edifizii costruiti nel fôro, o in altro luogo pubblico dello stesso genere, lasciando quelli altrove esistenti sotto il Gius Comune. La soluzione del problema edilizio affatica la moderna società. In tutte le città si fanno sventramenti e rettilinei per sopprimere quelle viuzze strette e sozze, nidi di malattie e di vizii, le quali sono un retaggio del medio-evo. Tali opere, considerate di pubblica utilità, si compiono mediante espropriazioni indennizzate.

Ad ogni modo l'autorità, che volesse prevalersi del disposto di questa costituzione per far demolire l'edificio del privato, già da tempo esistente, dovrebbe dar la prova rigorosa che ne concorrano i termini tutti di applicazione: usurpazione del suolo pubblico; ripugnanza dell'edifizio all'ornato ed al comodo della città; esistenza e violazione delle leggi edilizie.

52. — Ho detto più volte che le cose pubbliche, destinate all'uso di tutti i cittadini, prestano loro non *uti singuli sed uti cives* quei particolari servizii, che si conciliano colla loro destinazione. Così vedemmo che i corsi d'acqua sono tenuti a ricevere lo scarico delle acque piovane provenienti dai fondi e dalle case dei privati. Anzi pressochè in ogni città esiste un sistema di opere e condutture per portare le acque pluviali al fiume, ed è noto che il regolarne lo scarico nel modo più confacente all'igiene ed alla comodità costituisce uno dei più gravi problemi per le amministrazioni Comunali.

Ma potrà taluno mandare al fiume delle acque che possano inquinarlo ed arrecar danno? il trascorso del tempo legittimerà un simile uso? In quelle città che hanno appositi regolamenti, non è pur possibile il fatto, che ne costituirebbe una flagrante violazione. Ma neanche in quei piccoli Comuni, dove l'uso del corso d'acqua è lasciato in balìa dei privati, un inquinamento per quanto a lungo continuato potrebbe diventare un diritto. Esso sarebbe sempre un atto illecito, un abuso della cosa pubblica, un danno per

tutti gli altri cittadini, tollerato per incuria o connivenza dagli amministratori del Comune, ma da reprimersi in qualunque momento senza ostacolo di prescrizione. È il caso di ripetere il detto memorabile della l. 6, C. sopra riferita: *Praescriptio temporis juri publico non debet obsistere.*

Fin qui tutti sono d'accordo. Se non che il Troplong (1) vorrebbe introdurre un'eccezione pel caso in cui l'inquinamento si compia senza violazione dei regolamenti e senza arrecar danno alla salute, od incomodo ai cittadini, e si effettui mediante opere visibili. Non so se il caso immaginato dal Troplong sia possibile. Certo un inquinamento di acque pubbliche, da cui non provenga il menomo danno a chicchessia, è cosa assai strana. Ma, concesso che sia, non sono logiche e rispondenti al giure le conseguenze che ne deduce. Di vero il danno che oggi non si palesa ancora, scoppierà domani, perchè l'inquinamento contiene in sè il germe del pregiudizio altrui. Nè meglio giova all'assunto il mettere innanzi le opere visibili e permanenti, mediante le quali la servitù verrebbe attuandosi. Le opere visibili e permanenti sono un requisito per acquistare una servitù su cosa, che possa esserne il soggetto passivo, non un mezzo per acquistare su di un corso d'acqua pubblica un diritto contrario alla sua destinazione. Opere siffatte non sopperiscono alla *res habilis*, che nella ipotesi manca del tutto.

53. — Un principio inconcusso proclamato dalla morale e sancito dal diritto vieta ogni danno ingiustamente altrui inferto. Ed Ulpiano scrisse cosa vera e degna di plauso, quando pose il *neminem laedere* fra i supremi cardini del giure (2). Segue che un acquisto di diritti mediante atti illeciti e dannosi altrui è respinto dal giure. Ora si domanda se malgrado il divieto promanante dal mentovato precetto, sia possibile di acquistare il diritto d'inondare il campo del vicino. A chiarire il quesito pongasi che Tizio abbia un molino, cui fornisce la forza motrice un salto abbondante d'acqua, la quale dopo d'aver fatto muovere la turbina, si riversa sopra di un campo contiguo appartenente ad altro; pongasi eziandio che tale stato di cose sia durato senza opposizioni per tutto il tempo statuito. Avrà Tizio acquistato mediante usucapione il diritto d'inondare il contiguo campo? La risposta negativa è di tutta evidenza. Ben dice il Gianzana (3), che nel caso, anche a

---

(1) *Prescr.*, n. 141.

(2) " Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere " (Fr. 10, § 1, D. *de just. et jur.*, 1, 1).

(3) *Acque*, vol. I, Parte II, pag. 795.

prescindere dalle leggi di polizia e di ordine pubblico, che vietano un fatto consimile e lo privano della virtù di diventare un diritto, manca qualsiasi elemento dell'usucapione. Anzitutto l'inondazione del campo vicino costituisce una servitù discontinua e non apparente, non acquisibile col possesso. Come servitù il diritto d'inondazione dovrebbe rispondere a queste condizioni: essere un onere pel fondo servente, ed un vantaggio pel dominante. Ora nell'ipotesi abbiamo non solo l'onere, ma anzi il danno gravissimo del fondo soggetto all'inondazione; ma non il vantaggio vero del dominante, il cui proprietario potrebbe e dovrebbe colle opere adatte far defluire le acque sovrabbondanti senza danneggiare il suo vicino. E col Gianzana concludo, che l'inondazione o proviene da causa di forza maggiore, ed in tal caso il proprietario del fondo inondato dovrà sopportare il danno senza ragione di risarcimento; o fu cagionato da colpa per quanto lieve del proprietario del mulino, per non avere eseguito i lavori di spurgo e gli altri necessarii od opportuni, ed in tal caso questi è tenuto a risarcirlo (1).

Fin qui l'accordo degli Srittori è generale; nè, a dir il vero, sarebbe possibile un serio contrasto. Se non che il Troplong vorrebbe introdurre un'eccezione pel caso " in cui il proprietario delle acque si fosse conformato alle leggi, domandando all'autorità competente un regolamento, e questa avesse dato un livello erroneo ". Poste queste condizioni di fatto, l'inondazione non ha più il carattere di atto delittuoso od altrimenti vietato; essa costituirà soltanto un danno risarcibile, come qualsiasi atto di possesso formale, ed il principio di una servitù, la quale, ove si compia con opere visibili e permanenti, si acquisterà mediante usucapione. Non posso accettare l'opinione del Troplong. Verissimo che l'inondazione cagionata dall'erroneo livello determinato dall'Autorità amministrativa non costituisce un delitto; ma verissimo d'altra parte che il decreto dell'Autorità non è efficace contro il terzo, la cui proprietà non può essere lesa. Del resto l'ottenuta autorizzazione non esime il proprietario delle acque dalla responsabilità del fatto proprio. Perchè non ha egli esaminato se il livello prescritto dalla licenza non era infetto da errori, e ad ogni modo perchè non fu sollecito a riparare il danno, che ne derivava?

Può avverarsi il caso, che l'inondazione sia la conseguenza di lavori intrapresi ad altro scopo, ad esempio, per esercitare una servitù lecita e mantenibile. Pongasi che taluno nel mezzo del cavo altrui innalzi una chiusa per far girare la turbina di un mulino o

---

(1) Vedi per qualche analogia C. C. Torino, 29 maggio 1895 (*G. T.*, 1895, 684).

di altro opifizio, sicchè le acque rigurgitino e si versino nei fondi vicini. Neppure in questo caso s'acquisterebbe il diritto d'inondazione sotto pretesto che è una conseguenza necessaria di un atto lecito. Il principio morale, che vieta ogni ingiusto danno, esige assoluto rispetto; nè tale danno sarebbe legittimato dall'intenzione diretta in modo principale all'acquisto di una servitù. Vuolsi però notare che la potestà concessa ai proprietari fronteggianti d'impedire l'inondazione non implica quella di far sopprimere anche l'altra servitù permessa dalla legge. Ma essi potranno chiedere il risarcimento dei danni già sofferti, e l'esecuzione delle opere necessarie a rimuovere il pericolo dei futuri.

54. — La questione se il solo divieto dell'uomo basti a rendere imprescrittibile ciò che di sua natura non è, fu vivamente agitata fra gli interpreti del Gius Comune. Invero un dì era consueta nei testamenti, ed anche oggidì non infrequente malgrado la conosciuta invalidità, la clausola di non alienare un fondo od un'altra cosa. Disputavasi della influenza di un divieto cosifatto sull'usucapione cominciata dal terzo, che avesse acquistato la cosa. Le opinioni erano scisse. Alcuni distinguevano tra prescrizione *longi temporis* che pensavano non trovare i termini di applicazione per la mancanza di un titolo abile a trasmettere il dominio, e prescrizione *longissimi temporis*, che non esigendo il titolo poteva decorrere nonostante la proibizione. Ma Bartolo respingeva qualsiasi distinzione; non potersi, non doversi assegnare alla volontà dell'uomo così ampi confini, da poter sottrarre al commercio una cosa di sua natura prescrittibile. Ed all'argomento dedotto dalla l. 2, C. *de usucap. pro empt.*, 7, 26, che dagli avversarii si adduceva contro alla sua dottrina, rispondeva che nell'ipotesi contemplata nella d. l. 2, colla proibizione dell'uomo concorreva quella della legge. L'opinione di Bartolo divenne *communis opinio*, e fu accolta come postulato di ragione giuridica la massima che: " res prohibita alienari in ultima voluntate vel per contractum, paescribi possit, concurrente titulo et bona fide praescribentis spatio longi temporis, nedum longissimi " (1).

L'opinione di Bartolo non ammette più dubbi nel sistema giuridico vigente, in cui la ragion pubblica è anche più nettamente distinta da quella privata. L'alienabilità dei beni, come pertinente al miglior ordinamento economico dell'individuo, della famiglia,

(1) Vedi Joann. Franc. Balbi, *de praescriptionibus*, 5ª pars, 5ªᵉ partis principalis, IV, § 4.

della società, forma parte del diritto pubblico, a cui non possono derogare le pattuizioni e la volontà dei singoli cittadini.

Un'eccezione al principio parrebbe essere fornita dal fondo dotale. Si potrebbe dire che i privati col costituire in dote un fondo lo rendono inalienabile ed imprescrittibile. Ma l'eccezione non è che apparente. Anzitutto il fondo dotale non è inalienabile nel senso rigoroso, come dimostrai sopra; la sua inalienabilità è semplicemente relativa, e non certamente tale che lo sottragga al commercio. Neppure è imprescrittibile, tant'è che il Codice Civile stabilì che l'usucapione (anzi la sola decennale) rimanga a suo riguardo sospesa. In secondo luogo il privato colla costituzione dotale che cosa fa? Pone il fondo in quella situazione a cui è annesso il divieto di alienazione. Ma questo divieto viene dalla legge, non dalla volontà dell'uomo (1).

SEZIONE III.

Res merae facultatis.

55. — Havvi ancora una categoria di cose, le quali comunemente soglionsi annoverare tra le imprescrittibili. Esse sono sottratte all'impero dell'usucapione non perchè siano incapaci di formare oggetto di appropriazione od almeno di privata proprietà, o perchè osti un divieto di legge. La causa dell'imprescrittibilità discende invece dalla loro natura, che oppone un ostacolo al loro acquisto per mezzo dell'usucapione. Se non che diligentemente investigando la loro imprescrittibilità, sarebbe facile dimostrare che cotali cose non si acquistano per usucapione, perchè di esse non è possibile

(1) LAURENT, XXXII, n. 224.

un legittimo possesso che col decorso del tempo generi l'acquisto di un diritto; donde seguirebbe a rigor di logica, che il vero luogo di esaminare la relativa teorica sarebbe quello dove si tratta del possesso. Tuttavia stimo che questa sola ragione di metodo non sia sufficiente far abbandonare il sistema generalmente seguìto, e perciò, accennatala per amor di verità, mi rimetto all'uso comune.

Le cose, di cui ora indaghiamo la natura giuridica, sono *le res merae facultatis* (1). Il concetto delle cose facoltative sarà fatto aperto dal seguente esempio, che mi viene imprestato dal Pescatore (2). La mia casa ha una finestra che guarda su un sedime vuoto di spettanza del mio vicino; la vista amena dei colli che ho di rimpetto, l'aria abbondante, sempre rinnovantesi e salubre mi danno non piccolo giovamento. Questo stato di cose durò immutato per lungo numero di anni. Ma un bel giorno il mio vicino muta pensiero ed accortosi che con poco senno tenne per tanto tempo vuoto ed improduttivo quel terreno, si accinge a fabbricarvi. Nessun dubbio che l'edifizio che sta per sorgere mi cagionerà un grave danno col privarmi del bello ed ampio prospetto; ma potrò io impedirlo solo perchè tanto tempo fruii di uno stato di cose tutto a me favorevole, e vietare al vicino di condurre a compimento l'opera da lui cominciata? No risponde senza esitanza il buon senso; no, ripetono i più elementari principii del giure. Il mio vicino aveva arbitraria e sconfinata potestà di fabbricare nel suo terreno, e di fabbricare come e quando meglio gli talentasse; il più lungo trascorrere di anni, senza che egli ne abbia fatto uso, non basta da sè solo a consumarla o sminuirla; come il più lungo godimento di quello stato materiale di cose non costituisce un possesso acquisitivo in mio vantaggio (3).

56. — La nozione delle *res facultatis* fu completamente sconosciuta alla Romana giurisprudenza. Il classico e preciso concetto dell'usucapione, la netta e completa separazione dalla prescrizione propriamente detta, toglievano di mezzo la necessità di creare una categoria di cose appartenenti alla privata ragione, oggetto di dominio, e sottratte tuttavia all'efficacia di quegli istituti (4).

---

(1) Nelle fonti trovasi usata la parola *facultas* nel senso di arbitrio di fare o non fare una cosa. Ad es. Ulpiano l'adopera in tal senso nel Fr. 1, § 1, D. *si familia*, 47, 6: " Haec autem *facultas* domino tribuitur ".

(2) *Filosofia e Dottrine giuridiche*, vol. II, pag. 400 e segg.

(3) Il concetto da me accennato nel testo è benissimo chiarito dalla C. A. Perugia nella sua sentenza 7 luglio 1876 (*Legge*, 1877, 1, 35).

(4) Il Bolchini (nel suo recente libro: *I diritti facoltativi e la prescrizione*, pag. 14, nota 1) trova che questa osservazione è insufficiente a spiegare, re-

La teorica fu escogitata dagli interpreti del Gius Comune, quando la confusione delle due prescrizioni fece avvertire l'esistenza di certe cose su cui esse non operano, benchè i requisiti della prescrizione paiano tutti concorrere. Non trovandosi l'ostacolo della legge, o della mancanza del dominio, si credette ravvisarlo nella loro natura. La scuola italiana ebbe il vanto di avere svolto la teorica con singolare e mirabile rettitudine di criterii e con esattezza di concetti e di effetti giuridici. Bartolo nel commento alla l. 2. D. *de via publica*, 43, 10 (1), così scrisse: *sed posse ire per viam non est jus, sed quaedam facultas* (2), *ideo huic facultati nunquam praescribitur*. Un'insigne applicazione di cotale principio venne da lui fatta al *jus offerendi* riguardo al quale nel suo commento alla l. 13, D. *de usucapionibus*, diceva: *Juri offerendi, quippe facultati, non praescribitur*. E a determinare i confini della teorica egli aveva posto i seguenti criterii acconci a distinguere la facoltà dal diritto. Alcune volte la legge permette di fare alcun atto per la conservazione di un diritto, e questa potestà largita dalla legge costituisce una vera e propria facoltà;. il che si arguisce dalla l. *in re mandata*, 21, C. *mandati* 4, 35 e dalla l. *si constante*, 24, § *si maritus*, 5, D. *soluto matrimonio*, 24, 3. Altre volte invece la legge permette di fare alcunchè per acquistare un diritto, e l'attuazione del permesso dà vita ad un vero diritto. Tale sarebbe il poter adire una eredità già devoluta. Le leggi, che concernono la prescrizione, comprendono i soli diritti e non le facoltà, ciò che risulta specialmente dalle ll. *omnes*, 4, e *cum notissimi*, 8, C. *de praescript*. XXX, *vel* XL, *ann*., 7, 39 (3).

---

stando nei limiti della prescrizione *estintiva*, la esistenza nel diritto comune di quella teorica ignota al diritto romano. Comprendo anch'io che sovvertendo del tutto i fondamenti della teorica, e restringendola alla sola estintiva come fa il Bolchini, la mia spiegazione non spiega più niente; perchè essa serve per la teorica, quale ci venne tramandata dal Diritto Comune e non per un'altra del tutto diversa, com'è quella foggiata dall'avv. Bolchini, che sarà anche migliore, ma non è più quella. La differenza fra lui e me è questa: io prendo la teorica tradizionale, com'è, e mi sforzo di ridurla a sistema, e se non riesco nel tentativo, che è molto arduo, la colpa non è della teorica, ma delle mie forze impari allo scopo: il Bolchini della teorica accetta quella sola parte che può rientrare in un preconcetto, e del resto si sbarazza, gettandolo a mare come zavorra inutile.

(1) Op. *Omnia*, vol. VII, pag. 134.

(2) Bartolo cinquecento anni prima di Leroyer-Collard disse: " non est jus sed facultas ". Eppure nè i suoi scolari, nè altri pensarono mai che avesse detto cosa sublime e miracolosa, come i francesi pensarono del motto sfuggito al Collard.

(3) Il Bolchini, Op. cit., pag. 18, nota 2, dice che la trattazione di Bartolo è

Altri dottori, modificando alquanto la teorica professata da Bartolo, insegnavano esservi alcune facoltà, mediante l'esplicazione delle quali si corre all'acquisto di una nuova azione od eccezione, o di un nuovo diritto, ed alla potestà di acquistare tali nuovi diritti prescriversi come ai diritti già quesiti. Al contrario esservene altre, dalla cui attuazione non sorgono nuovi diritti e nuove azioni od eccezioni, ma solo promana un effetto del libero arbitrio dell'agente e le quali non comportano prescrizione alcuna. Tali sono l'andare alla chiesa, il transitare per la pubblica via (1).

Ho tributato il dovuto omaggio ai Dottori italiani per avere saputo porre confini giuridici alla teorica delle *res facultatis*. Maggior plauso avrebbero meritato se avessero veduto che non correva nè usucapione nè prescrizione, perchè dove si mette in campo la teorica in verità non havvi nè un diritto usucapibile, nè un'azione prescrittibile. Non cessa l'impero delle prescrizioni; manca la materia su cui possano agire. Ma la colpa degli interpreti è ben piccola e perdonabile, quando si pensi che la teorica da loro proposta nonchè migliorata, venne resa peggiore dalle elucubrazioni di moderni scrittori, ed in ispecie dei Francesi, le cui opinioni dovrò in seguito esaminare (2).

57. — Tali i precedenti storici. Io credo antigiuridica ed inutile l'immaginata distinzione tra diritti e facoltà e mi studierò di brevemente provare la ragionevolezza della mia asserzione. La categoria delle cose, che si comprendono sotto il nome di facoltà in relazione

---

più ampia di quella da me riferita, in quanto che quel giureconsulto in altri luoghi avrebbe stabilito che quando la legge " permittit quod fiat aliquid in alieno , nasce lo *jus agendi* e si ha prescrizione estintiva, e quando invece essa " aliquid permittit fiendum ab aliquo in se vel in suo , allora non si dà nè *jus agendi* nè prescrizione. Ma, com'è palese, i brani, su cui si fonda l'affermazione del Bolchini, miravano nella intenzione del giureconsulto a determinare il momento iniziale della prescrizione con una relazione soltanto indiretta e forse neanche avvertita colle *res facultatis;* mentre sta di fatto che quando Bartolo e la sua scuola cercarono di dare un organismo alle *res facultatis* ricorsero al concetto da me riferito.

(1) Balbi, *de praescript.*, 2ª pars, 5ªº principalis, 1, nn. 3 e 4.

(2) Più ampii cenni storici si possono vedere nel Bolchini, Op. cit., e nella diligente monografia del prof. Salvioli: *Sulla dottrina degli atti meramente facoltativi*, pubblicata nel *Circolo Giuridico*, anno XVIII, fasc. 6°. Ma non posso assolutamente sottoscrivere all'opinione del Salvioli, che la distinzione delle *res merae* e non *merae facultatis* sia stata introdotta nella scienza dai giureconsulti del secolo XVI. Essa risale ai giuristi italiani di due secoli prima, come si può vedere dalla sommaria mia esposizione e da quella più particolareggiata del Bolchini.

alla prescrizione acquisitiva, è formata da due classi di beni: 1° quelli che compongono il demanio pubblico dello Stato, del Comune e della Provincia, ad esempio, la strada, la fontana comunale ecc., di cui tutti godono, come dice Ulpiano (1) *jure scilicet civitatis non quasi propria cujusque;* 2° i diritti che sono contenuti nel dominio, e che in genere si riducono a quelli di godere, possedere e disporre della cosa a proprio talento. Se l'imprescrittibilità dei primi fra questi beni non ammette dubbio per le ragioni, che a luogo opportuno furono ampiamente discorse, la cosa non è meno certa anche pei secondi. Di vero, poichè il privato dominio è un potere assoluto ed esclusivo, segue di necessità che ciascuno dei suoi svariati attributi dà vita a diritti imprescrittibili, non potendo altri costringere il proprietario ad usare o non, o ad usare in un modo piuttosto che in un altro della sua cosa. Cade qui in acconcio di notare che si deve con ogni cura distinguere il *non usus* dall'abbandono. L'abbandono è uno dei modi con cui si perde il dominio; ma nulla ha di comune coll'usucapione e colla prescrizione, perchè queste si effettuano contro la volontà del proprietario e ad ottenere il loro effetto richiedono uno spazio di tempo e quello si compie per volontà del proprietario ed in un istante (2). Il *non usus* invece ha stretta attinenza coll'usucapione, perchè se il proprietario trascura la sua cosa, altri, che di lui più solerte la coltivi e la goda, trascorso il tempo necessario, ne diventa padrone. A far più chiaro il concetto, pongasi che taluno sia proprietario di un bosco sito lungi dalla sua dimora e da ogni altro suo fondo. Le spese di taglio, di raccolta e di trasporto delle legna superano il loro valore; sicchè il proprietario, senza volerlo abbandonare, non vi fa alcun lavoro, non vi taglia nè raccoglie le legna. Durasse anche mille anni questo stato di cose egli non perderebbe per ciò solo la proprietà del bosco. Nè a giustificare cotale indubitata proposizione è necessario il ricorso alla teorica delle facoltà imprescrittibili, bastando il concetto fondamentale, che il *non usus* è uno dei diritti contenuti nella proprietà individuale e che il proprietario non perde la sua cosa solo perchè non la coltivi, anzi la trascuri, ma la perde solo allora, che altri mediante il lungo possesso ne sia diventato proprietario. In questo senso i varii attributi della proprietà dànno vita alle così dette facoltà imprescrittibili. Non fabbricai, non feci piantagioni nel mio fondo, non ne cambiai la coltura. Chi potrà impedirmi di compiere qualsiasi di tali atti, quando

---

(1) Fr. 2, § 2, D. *ne quid in loco publico.*
(2) Fr. 1 e 2, D. *pro derelicto,* 41, 7.

in me se ne desti il talento? Se un impedimento potesse essermi opposto, la nozione della proprietà individuale andrebbe in isfacelo.

Altra è la giuridica condizione dei diritti reali, dei *jura in re aliena*. Frazioni del dominio ad altri competente, hanno vita e protezione dalla legge, in quanto col loro esercizio producano quel vantaggio, per cui si stabiliscono e si mantengono (art. 531 e 533 del Cod. civ.). L'attività è norma impreteribile per essi, come pei diritti di obbligazione; altrimenti si consumano pel solo decorso del tempo e ridiventa libero e pieno il dominio di quel fondo su cui gravavano. Nè mi si obbiétti che le servitù continue non si estinguono in virtù del solo non uso. Il disposto dell'art. 667 Cod. civ. non è una riproduzione della *usucapio libertatis* della Romana giurisprudenza: scritto sotto la rubrica *in qual modo si estinguono le servitù*, esso non ha alcuna attinenza coll'usucapione, ed ha invece il solo scopo di determinare il punto di partenza del trentennio di disuso necessario ad estinguere la servitù continua. Notisi ancora, che non senza ragione la legge volle che il disuso cominciasse solo dal giorno, in cui si è fatto un atto contrario. Di vero la servitù continua poggia su di uno stato di cose, per mezzo del quale si esercita senza bisogno dell'azione dell'uomo. Vero disuso non può dunque immaginarsi, se non in relazione allo stabilirsi di uno stato di cose contrario al suo esercizio. La servitù di prospetto si esercita per mezzo della finestra, quand'anche nessuno si affacci a guardare, perchè la finestra è nello stesso tempo il segno e l'esercizio del prospetto. L'eccezione è adunque apparente, e vuol essere eliminata, restando fermo il principio, che i soli attributi della proprietà costituiscono diritti non prescrittibili (1).

Le quali considerazioni parmi dimostrino vera e ragionevole la mia tesi; che la categoria delle *res facultatis* è del tutto estranea alla retta dottrina dell'usucapione. Gli effetti che si desumono dalla imprescrittibilità delle facoltà, si spiegano con maggiore agevolezza e precisione coll'indagine dei requisiti, che l'usucapione desidera, e del possesso in ispecie che ne è l'elemento principale.

Se non che si presenta un'altra domanda: È almeno praticamente utile la teorica delle *res facultatis?* La domanda è di non piccolo interesse. Le teoriche giuridiche sono in definitiva destinate a fornire criterii certi e facili per dirimere i litigi, e possono farsi perdonare molti errori coll'utilità quotidiana, che ne può derivare. Ma tengo per fermo che neppur questo lato favorevole si ravvisa nella teorica delle facoltà. Un solo riflesso ce ne persuade: che una

---

(1) Vedi anche sopra n. 17.

definizione chiara e precisa da tutti accolta di ciò che è facoltà non è stata ancora data, e che in sua vece si trovano le più sbrigliate divagazioni, atte a tutto meno che a delinearne il concetto. La definizione è rimessa al senno del Giudice, che in ciascun caso, prima di applicare la massima tradizionale: *In facultativis non datur praescriptio*, deve considerare se concorrano tutti gli elementi dell'usucapione, e l'applica rettamente solo allora che l'indagine dimostri che alcuno di essi manca nella specie, e può con viva soddisfazione dichiararsi che i patrii Magistrati l'hanno applicata con discrezione e saviezza, e solo in casi, le cui circostanze ne legittimavano l'applicazione. Se di quanto dico voglionsi le prove, è ella una facoltà il potere concesso dall'art. 582 Cod. civ. di recidere i rami degli alberi del vicino, che si protendono nel nostro fondo? Sì, rispondono alcuni, e negano di conseguenza che il vicino possa acquistare mediante usucapione il diritto di lasciar sporgere cotali rami sull'altrui terreno. Altri invece vi ravvisano un semplice diritto, soggetto alla prescrizione estintiva (1). Così si disputa se il diritto di uscire dalla comunione costituisca o non una facoltà. Il Troplong (*Prescr.*, n. 120) sta per l'affermativa; il contrario è proclamato dal Borsari (2).

Concludo che la dottrina delle *res facultatis* non solo è erronea in faccia ai principii, perchè cerca una ragione di imprescrittibilità, dove invece o manca la *res habilis*, o manca il possesso, ma è ancora inutile, perchè non presta un criterio certo per definire le controversie.

58. — Con tutti i vizii, ond'è infetta, la dottrina è svolta dai trattatisti francesi, e risuona quotidianamente nel fôro e nella scuola. La trattazione della materia non sarebbe completa, se a quelle censure, di cui mi parve degna, non tenesse dietro la indagine della dottrina, così com'essa è comunemente accettata. In questa indagine comincierò dal Troplong, che ne ha ragionato ampiamente, toccandone tutti i principali aspetti. Dice egli che le facoltà civili corrispondono a quelle morali, e costituiscono i mezzi, coi quali ciascuno può raggiungere il proprio fine, come uomo, come cittadino, come proprietario. Le esemplifica nella libertà di trasportare il proprio domicilio ove meglio talenti, di attingere acqua alla pubblica fontana, di contrarre nozze, di disporre ad arbitrio dei proprii beni. “ Les facultés sont, si je puis parler ainsi, le

(1) Vedi sopra, n. 34bis.
(2) *Comm. Cod. civ.*, n. 4386.

droit en disponibilité. Quand elles sont éveillés par le besoin et mises en mouvement par la volonté, elles engendrent des faits, et ces faits constituent le droit dans son actualité. Soit qu'il blessent ou non les intérêts des tiers, ils tombent sous l'oeil de la loi civile, qui examine s'ils doivent être maintenus ou anulés et régle leur étendue, leur portée, leur durée „. Dopo d'aver enunziato il concetto che le facoltà costituiscono la capacità civile dell'uomo, entra in un ordine di considerazioni di maggior valore giuridico, ed accorgendosi che la ragione vera sta nel difetto del possesso, così prosegue: " Pour perdre un droit par la prescription il faut ou qu'un autre le possède à la place du propriétaire (comme quand nous laissons cultiver et détenir pendant trente ans le champ, qui nous appartient) ou bien que nous négligeons pendant le temps voulu pour prescrire, d'exercer le droit contre celui, qui est astreint envers nous à le subir. Mais sous le premier rapport, comment pourrait on posséder la faculté d'autrui? Est ce qu'une faculté est susceptible de possession? Quand vous seriez allé pendant trente ans puiser de l'eau à la fontaine communale, tandis que j'aurai laissé écouler ce temps sans y mettre les pieds, vous n'aurez rien fait pour m'enlever ma faculté; car ce n'est pas à ma place, ce n'est pas en vous substituant à moi, que vous aviez joui des eaux communes; c'est en vertu de la faculté qui vous est personnelle d'en user, comme j'aurais pu le faire; faculté, qui appartient à tous, et que vous avez prise dans le domaine communale! „. E ricercando la causa dell'inefficacia della estintiva sulle facoltà, la scorge nel fatto, che il loro esercizio dipende dal sorgere di un bisogno imprevisto.

In sostanza i caratteri delle facoltà secondo il Troplong sono i seguenti: 1° Esse sono i diritti che lice lasciare in riposo, fino a che la necessità venga a svegliarli, destinati, come sono, a soddisfare ai bisogni impreveduti ed imprevidibili; 2° esse provengono direttamente dalla natura o dalla legge, che ce le largirono, acciocchè potessimo bastare a noi stessi nelle fortunose vicende della vita; 3° non abbisognano di un' azione per essere attuate, come accade dei veri diritti, poichè agiscono soltanto su noi e sulle cose nostre e si traducono in un puro fatto (1).

Il Laurent accetta e completa la definizione che delle facoltà aveva dato il D'Argentré: essere desse poteri inerenti alla umana persona: non emanazioni da private convenzioni, ma concessione della

(1) Quest'ultimo punto venne fatto segno a vivaci critiche, come si vedrà fra breve.

legge. *Les facultés*, dice il Laurent, *appartiennent à tous, parce que tous en ont besoin, voilà pourquoi la nature les donne à tous* (1).

58[bis]. — La dottrina insegnata dal Laurent sulle orme dell'Argentreo nella sua sostanza collima con quella del Troplong. Ma havvi però una parte in cui dissentono. Questi trovò una caratteristica delle facoltà nel fatto che non bisognano di un'azione ed operano soltanto sulle cose nostre. Il Laurent, e prima di lui il Le Roux de Bretagne (2), credettero non vera un'opinione siffatta, ed opposero le facoltà di ottenere il passaggio e l'acquedotto coatti e di rendere comune il muro del vicino; ed il Laurent, rincarando la dose, e più acerbamente del predecessore, proclamò assurdo l'insegnamento del Troplong come, a detta di lui, mostrano luminosamente gli esempi del proprietario che agisce contro il vicino per costringerlo al regolamento dei confini e del condomino che agisce contro gli altri per ottenere lo scioglimento della comunione.

Le aspre censure paionmi ingiuste e cagionate dall'aver frainteso la dottrina del Troplong. Questi aveva detto soltanto che le facoltà non abbisognano di un'attuazione, ma non già che la loro attuazione non potesse mai trovare ostacoli a rimuovere i quali occorresse agire contro i terzi che ingiustamente li contrapponessero. I censori tanto severi hanno dunque apposto al Troplong un errore che egli non ha commesso. Stimo poi che l'idea da lui manifestata sia conforme ai veri principii. Finchè la facoltà sta limitata alle cose nostre, è fuor di dubbio che sfugge all'impero delle prescrizioni; ma quando esce da tali confini, e sulla sua via incontra ostacoli, che la obbligano ad esperire di un'azione, allora cessa di essere una facoltà, e diventa un diritto. L'opposizione del terzo, e il conseguente sorgere di un'azione diretta ad

(1) *Principes*, XXXII, n. 228. *Idem*, Tartufari, *Eff. Poss.*, vol. II, n. 677. Una più minuta e completa esposizione delle definizioni date dagli autori moderni, che si occuparono delle *res facultatis*, si può vedere nei citati lavori del Bolchini e del Salvioli. Debbo fare un cenno della teoria del Bianchi, I, §§ 41 e 42, il quale vuole distinguere le facoltà dai diritti facoltativi, per le prime intendendo i poteri accordati all'uomo dalla legge naturale o da quella civile per raggiungere i suoi fini come uomo, come cittadino, come proprietario; e pei secondi quei diritti che sono bensì esercibili da una persona contro un'altra, ma consistono nella scelta fra diversi o contrarî modi di agire, e debbono reputarsi ugualmente attuati da coloro cui spettano, sia che li esercitino contro altri, sia che non li esercitino. Non accetto questa sotto-distinzione proposta dal Bianchi, perchè non appoggiata a razionale fondamento, non necessaria e più idonea a creare nuove difficoltà, che ad eliminare quelle antiche.

(2) Op. cit., vol. I, n. 134.

eliminarla *(actio nata)* ne immutano il carattere. Ecco in qual senso deve accogliersi la dottrina del Troplong, ed in questo senso è vera ed inoppugnabile, e resiste a qualsiasi critica. Lo stesso Troplong aveva già preveduto l'obbiezione che si poteva desumere dalla necessità di agire contro il vicino in delimitazione dei fondi, e aveva anticipato la risposta: " Per quanto sia speciosa questa obbiezione, bisogna pur sempre affermare che il diritto di porre i termini è una facoltà, poichè l'atto si esercita sopra noi stessi, e sulle nostre cose; nè risulta dalla esecuzione di una servitù o di un onere incombente al vicino..... Si chiama in causa il vicino solo per rendere contradditoria l'operazione, perchè si convinca che non si usurpa parte alcuna del suo fondo, perchè sia certo, che non miriamo ad ampliare il nostro fondo a danno del suo; ma non si esige da lui l'adempimento di alcun dovere..... " (1). E quando si aggiunga che la pretensione del vicino di essere esclusivo proprietario di una parte del nostro terreno, e la sua opposizione allo stabilirsi dei termini trasformano il giudizio dandogli qualità di rivendicatorio, la risposta è perentoria ed esauriente. La necessità di sperimentare un'azione a tutela della facoltà offesa, segna il principio di un possesso legittimo, atto ad usucapire, che cessa dall'essere e dal presumersi precario ed a semplice tolleranza. Il vicino che m'impedisce di fabbricare, o che non consente all'apposizione dei termini, il condomino che mi rifiuta la divisione sotto pretesto che la cosa è tutta sua, manifestano chiaramente la loro intenzione di avere la cosa per sè e di esercitare un diritto esclusivo, ed intervertono la causa del possesso. E quindi pur accettando la nozione insegnata dal Troplong, la riporto al suo vero principio che è quello della interversione del possesso (2).

59. — Poichè la dottrina delle *res facultatis* è un *jus receptum*, a me pare cosa opportuna e possibile il ricostituirla sopra basi più giuridiche. La riproduzione dei tratti principali delle teoriche del Troplong, del Laurent e degli altri scrittori Francesi mostra in quale confusione di idee siano caduti. Misti a prolisse divagazioni che di filosofico non hanno neppur la parvenza, sonvi alcuni elementi di carattere giuridico, i soli quindi che meritino di essere tenuti a calcolo. A costruire una teorica delle *res facultatis* in relazione alla usucapione (3), occorre di sceverare dall'esposizione

---

(1) *Prescr.*, n. 119.

(2) La dottrina insegnata dal Troplong venne seguita dai patrii Magistrati. C. C. Torino, 21 giugno 1854, Bett., VI, 1, 534; 30 luglio 1885, *G. T.*, 1885, 600; C. A. Casale, 23 aprile 1880, *Legge*, 1880, 2, 390.

(3) Il Bolchini, Op. cit., § 24 e segg., ha affermato che per la usucapione la

fattane dalla scuola francese tutti quegli elementi che non hanno in sè sostanza e pregio alcuno. Che giova di fatto il dire che sono imprescrittibili le facoltà di donare, di testare, di trasportare il proprio domicilio? Tali poteri inerenti alla personalità umana sono imprescrittibili perchè sino al giorno in cui da uno stato virtuale vengano portati all'atto colla celebrazione di testamenti e di donazioni, non offrono materia alla prescrizione acquisitiva o estintiva che sia: sono ancora imprescrittibili per un'altra elevata ragione, per essere cioè dirette emanazioni della libertà umana protetta tanto dalla legge di natura, quanto dalla positiva, le quali vietano una piena alienazione *della potestà* di agire (1). Fino a che la facoltà si contempla allo stato embrionale, come un *quid in mente repositum* essa può formare oggetto della filosofia, alla quale spetta di dettare le norme convenienti alla sua attuazione; ma non ha ancora alcun nesso colla scienza giuridica positiva, la quale studia e disciplina i rapporti giuridici che esistono di già, o che possono sorgere da fatti già esistenti.

A conseguire lo scopo che mi son prefisso, ed a restringere entro confini certi e razionali la teorica, distinguo le cose facoltative in due grandi categorie:

1° Diritti che non si consumano nelle mani del proprietario pel solo decorso del tempo, malgrado la sua completa e prolungata inerzia.

2° Diritti che non si acquistano da alcuno ad esclusione degli altri, sebbene ne abbia usato egli solo per tutto il tempo necessario ad usucapire (2).

---

categoria delle *res facultatis* non ha valore sistematico nel senso che la relativa teorica nel suo svolgimento storico e nella trattazione positiva trasse e deve trarre esclusivamente dall'istituto della prescrizione estintiva la propria essenza. Io sono più radicale del Bolchini, perchè nego in genere il valore sistematico della teorica; ma concesso che essa ne abbia, trovo che questo valore si rivela molto più nella usucapione che nella estintiva, pel nesso logico fra la teorica, ridotta nei suoi termini giuridici, e gli elementi del possesso legittimo. Lo svolgimento storico e la trattazione positiva fanno una testimonianza contraria alla tesi del Bolchini, poichè la tradizione giuridica da Bartolo a Salvioli e Scillamà (Op. cit., pag. 504 e segg.) ha sempre riconosciuto l'applicazione della teorica anche nel campo dell'acquisitiva, e gli art. 631 e 688 Cod. civ., i soli che si occupino delle *res facultatis*, ne parlano appunto in relazione all'usucapione. A dimostrazione della sua tesi il Bolchini enuncia queste due proposizioni: *a)* nessun diritto facoltativo può essere acquistato per usucapione, e, per converso, *b)* nessuno dei diritti acquisibili per usucapione è facoltativo. Le due proposizioni sono del tutto erronee, poichè la proprietà, il diritto facoltativo per eccellenza, si acquista mediante usucapione.

(1) In senso conforme Scillamà, Op. cit., I, pag. 557.

(2) Vedi sopra, n. 57.

Alla prima categoria appartengono i diritti tutti, che hanno la loro sorgente negli svariatissimi attributi del dominio. Le ragioni esposi sopra e lungamente, e sarebbe opera vana e fastidiosa il ripeterle qui. Ho detto anche le ragioni per cui una simile prerogativa deve negarsi alle servitù continue sebbene a prima vista ne paiano dotate, non estinguendosi pel non *usus* (1).

La seconda comprende quei diritti, di cui ciascuno gode come uomo e come cittadino. L'aria, l'acqua, il mare sono comuni di tutti, le piazze, le vie, le strade servono all'uso generale; tutti ne fruiscono, tutti se ne servono, ma *uti cives, non uti singuli*, e senza l'intendimento di farne un uso o di vantarne un possesso esclusivo. Non mi sono mai recato ai bagni di mare; nessun trascorso di anni può privarmi del diritto di andarvici quando me ne sopravvenga il bisogno od il desiderio, perchè quantunque io non mi sia mai tuffato nelle acque del mare, altri non potè usucapire a mio danno. Una fontana pubblica fornisce acqua a tutti gli abitanti di un Comune. Io, che avevo la buona ventura di possedere una sorgente di acqua abbondante, fresca, limpida nel mio fondo, non avevo mai pel passato attinto acqua alla pubblica fontana. Ma scemata, pressochè inaridita la vena della mia sorgente, voglio recarmi a quella comunale. Potranno gli altri abitanti impedirmene l'uso, sotto pretesto che per lungo volgere di anni io non vi attinsi mai acqua, ed essi soli ne hanno fatto uso? Certamente di no. È una *res facultatis*, esclamano Troplong, Laurent e gli altri loro seguaci. È una *res facultatis* e sia, dico anch'io; ma la ragion vera per cui è una *res facultatis* e non usucapibile consiste in questo, che l'acqua sgorgante dalla fontana comunale è cosa pubblica; che non ammette possesso di privati, e che quindi l'uso avutone dai miei compaesani si presume dalla legge a titolo precario e senza volontà di acquistare un diritto esclusivo. La facoltà che loro compete non esclude la mia; esse vanno parallele e senza mai urtarsi; la parte d'acqua, a cui ho diritto nella mia qualità di abitante nel Comune, non potè essere e non fu da loro usucapita.

60. — È opinione accettata dalla maggioranza degli scrittori, che le *res facultatis* diventino usucapibili (2) dal giorno in cui il

(1) Vedi sopra, n. 57.

(2) La espressione da me usata ha trovato un aspro censore nel Bolchini (q. c., pag. 64). Tuttavia è giustissima, poichè l'acquisto di un diritto contrario alla facoltà è precisamente usucapione della facoltà allo stesso modo che la usucapione della proprietà altro non è che l'acquisto per parte del possessore di un diritto contrario. Da tutti si dice: che la proprietà si acquista per usucapione. Perchè non si potrà dire: che le *res facultatis* sono usucapibili? Io

loro esercizio venga impedito dai terzi, ai quali torrebbe un vantaggio di cui prima godevano.

Questo temperamento all'imprescrizione dei diritti facoltativi venne introdotto nella scienza dai Glossatori, i quali lo significavano col noto broccardo: *Res facultatis praescribuntur a die contradictionis.* Credo opportuno di brevemente esaminare l'elaborazione del concetto presso gli antichi Dottori. Mascardo (1), così ne ragiona: " Is qui praescriptione servitutis (loquor nunc de negativa, velut altius non tollendi) se tueri vult, debet docere de prohibitione, hoc est debet probare se adversario prohibuisse ne altius tolleret et tunc incepisse praescribere, ita tradit glossa in l. qui luminibus (11, D. *de S. P. U.*, 8, 2), *in verb. formam et statum, et in* l. 1, C. *de serv. et aq.*, 3, 34... Unde in istis servitutibus, quae consistunt in prohibendo, ut est servitus altius non tollendi, non acquiritur quasi-possessio juris nisi per prohibitionem praetendentis servitutem et patientiam adversarii ". Ed altrove (2): " hoc declarabis ut in his negativis servitutibus sufficiat probare unum tantum actum prohibitionis ad hoc ut quaeratur ista quasi-possessio ne altius tollas ". Ed il Richeri così lasciò scritto (3): " Exceptio tamen huic regulae passim admittitur, cum vicino opus *ex naturali libertate* facienti alter obsistit, et ille a coepto opere desinit per temporis spatium, quo praescriptio inducitur; in hac enim specie contra libertatem praescribitur "; e finisce: " praescriptio autem a die prohibitionis currere incipit " (4).

Non mancarono le opposizioni. Al Laurent è parso che le facoltà, imprescrittibili per un'alta ragione di moralità e di generale vantaggio, non diventino prescrittibili neppure in forza della contraddizione, la quale è un atto pertinente al privato interesse (5), perchè sarebbe assurdo che il vantaggio del singolo cittadino prevalesse sulla generale utilità. È quel sofisma, che i Greci chiamavano sorite, e i Romani Giureconsulti sillogismo acervale (6). Verissimo che le facoltà come costituenti la morale e civile capacità dell'uomo facciano parte del diritto pubblico. Ma la premessa giusta

---

mantengo la espressione, perchè oltre ad essere di uso comune, è approvata da insigni autori, come lo SCILLAMÀ, il quale, Op. cit., I, pag. 505, insegna che le *res facultatis* possono divenire " oggetto di possesso dei terzi ".

(1) *De probationibus, Concl.*, 1120, n. 83, vol. II, pag. 165.

(2) *Ibidem*, n. 84.

(3) *Un. Jurisp.*, lib. II, t. III, *Quib. mod. serv. const.*, § 924.

(4) Vedi FABRO, *Cod.*, lib. III, tit. 24, def. 10 *et in notis*. La efficacia della *contradictio* era espressamente sanzionata dall'art. 1459 Cod. civ. gen. austriaco.

(5) *Principes*, XXXII, 232.

(6) Fr. 177, D. *de V. S.*, 50, 16.

ed esatta non giustifica la conclusione, e non la giustifica per una ragione semplice ed intuitiva. Non ogni limitazione della umana libertà, non ogni freno allo sconfinato arbitrio dell'individuo sono vietati. Se così fosse, sarebbero rese impossibili tutte le contrattazioni, poichè ogni contratto, ogni *pactum conventum* contiene appunto una limitazione della libertà. Un esempio di ciò è fornito dallo stesso Codice civile. La memoria di tempi, pur troppo ancora recenti anche fra le nazioni civili, in cui l'uomo era ridotto in ischiavitù e considerato come una cosa, indusse il legislatore a statuire espressamente: che nessuno può vincolare per un tempo indefinito la propria persona (art. 1628). Ma il divieto non impedisce la locazione delle proprie opere, che è anzi uno dei contratti di più frequente applicazione. Ed ora, domando io, quale offesa reca all'umana libertà la *contradictio* se per mezzo suo si perviene ad acquistare una servitù negativa? Una *servitus altius non tollendi* è forse cosa contraria all'umana dignità? E se me ne era concesso l'acquisto mediante un titolo, perchè vietarmelo con un altro mezzo ugualmente legittimo? Di altre obbiezioni alla efficacia della *contradictio* mi sono occupato al N. 30*quater*, a cui per brevità rimando il lettore (1).

61. — Si agita vivamente la questione della forma che deve rivestire la *contradictio* per essere efficace. Il Troplong stimava valida qualsiasi opposizione o scritta o verbale che fosse (2). L'opinione del Troplong venne vivamente censurata e combattuta da molti e valenti scrittori. Marcadè (all'art. 2227), Pescatore (3), Toullier (4), Mazzoni (5), insegnarono che l'opposizione deve essere corredata da un titolo almeno apparente; che dove sia sfornita di qualsiasi fondamento, e rappresenti soltanto un'ingiusta pretensione, non può obbligare il titolare della facoltà ad agire in giustizia sotto pena di risentire un grave danno. Si dice: “ que personne n'est tenue de répondre à une défense contraire à la liberté naturelle lorsque cette défense ne parait fondée sur aucun titre, ni sur aucune loi „ (6). E rincalza il Mazzoni: “ Tali facoltà non si mutano in diritti ordinari pel solo divieto di esercitarle, che un

(1) Confor. Bianchi, IX, P. 1ª, pagg. 831-833, e P. 2ª, pag. 965; Scillamà, Op. cit., 1°, pag. 505; contra Mirabelli, Op. cit., 275; Bolchini, Op. cit., pag. 62 e segg.
(2) *Prescr.*, n. 113.
(3) *Filosofia e dottrine giuridiche*, vol. II, pag. 400.
(4) *Droit civil. Des servitudes*, n. 638.
(5) *Istituzioni di diritto civile*, vol. VI, pag. 513.
(6) Toullier, loc. cit.

terzo avente interesse a che il titolare non le eserciti, faccia a quest'ultimo. Attalchè il titolare medesimo, ciò non ostante, può esercitarle dopo qualunque tempo trascorso dall'intimo dell'anzidetto divieto. Ove però il divieto sia basato sopra un diritto anche apparente del terzo, allora il silenzio del titolare delle suddette facoltà importa acquiescenza al divieto medesimo e dimostra che esse in verità sono diritti ordinarî soggetti ad essere perduti col non uso, ossia prescrivibili „.

Delle due opposte opinioni prescelgo quella professata dal Troplong, come consona ai precedenti storici, ai testi di legge, ai veri principii. Vedemmo che i Glossatori ed i Pratici che introdussero ed elaborarono la teorica della *contradictio* non esigevano punto che essa fosse colorata da un titolo. Al contrario, si accontentavano anche di un solo atto di proibizione seguito dall'acquiescenza dell'avversario (1). La tradizione giuridica sta col Troplong. E con lui stanno pure i principii. Qual è di vero la virtù della proibizione? Quella di mutare l'indole del possesso, di sottrarlo alla legale presunzione di godimento a titolo precario e di tolleranza, e di dargli carattere e possanza di possesso giuridico, idoneo all'acquisto del diritto. Per servirmi dello stesso esempio già proposto, il vantaggio che a me deriva dal fatto che il mio vicino tiene vuoto dinanzi alle finestre della mia casa un ampio terreno, sì che io fruisco di uno spazioso prospetto, non ha la sua radice in un possesso legittimo e per trascorrere di tempo non si muta in diritto. Ma quando proibisco al mio vicino di fabbricare, mentre egli si accinge a ciò fare, quando atterro il già sorgente edifizio, ed egli si acqueta alle mie ingiuste pretensioni, io non ho più quel vantaggio, come conseguenza dello stato naturale dei luoghi, come concessione precaria e revocabile del mio vicino, sibbene come effetto di un legittimo possesso. E ciò, perchè io ho nel modo più reciso manifestato la mia volontà di esercitare un diritto; il mio *animus jus mihi esse altius non tollendi;* ed ho dato così principio ad un possesso atto all'usucapione.

Nè ha pregio l'obbietto, che il vicino non è tenuto a rispondere ad un divieto, contrario alla sua libertà, quando non è fondato sopra alcun titolo o sopra alcuna legge. No, egli non è tenuto a rispondere, come il proprietario non è tenuto ad agire contro l'usurpatore, che si è immesso senza ragione nel suo fondo. Ma non agendo essi, ma lasciando che l'usurpatore e l'opponente posseggano, l'usucapione corre e compie il suo cammino. Havvi forse differenza tra un caso e l'altro?

---

(1) Vedi sopra, n. 60.

Gli scrittori, che vogliono una *contradictio* colorata, hanno del tutto trascurato un lato di non poco momento nella controversia, dir voglio l'acquiescenza del vicino alla temeraria opposizione. Certo egli poteva non farne calcolo, e continuare la costruzione dell'edificio, che senza ragione si pretendeva di vietare. Chi negherà che l'opposizione, fondata od infondata che fosse, abbia violato il suo diritto di pieno e libero dominio, ed abbia così dato origine alla relativa azione di difesa?

Ed infine io domando, quale scopo possa avere la intimazione del titolo, e quale virtù arcana sia per comunicare alla *contradictio*. Perchè, giova notarlo, nel caso si tratta di titolo non proveniente dal titolare della facoltà nè dal suo autore. Prendo l'esempio proposto dal Toullier: Tizio possessore della casa A erasi obbligato verso di Mevio, proprietario della casa B, di non innalzarla. Posteriormente Sejo, vero proprietario della casa A, la rivendica, e Mevio temendo che egli, non vincolato dal patto conchiuso col possessore, innalzi il suo edificio, gli intima un atto di opposizione corredato dal titolo. A me pare, che il titolo proveniente a *non domino*, non opponibile al proprietario, non possa comunicare alla proibizione un'efficacia, che prima non aveva. Non è forse vero, come ammette lo stesso Toullier, che il proprietario non è obbligato a rispettarlo? E se non era in obbligo di rispondere alla nuda e semplice proibizione, è conseguente che non sia neppur tenuto ad agire, quando essa è accompagnata da un titolo per lui inefficace, come *res inter alios acta,* che per lui è *tamquam non esset*. Bisogna essere logici: o si nega ogni virtù alla proibizione accompagnata o non che essa sia da un titolo apparente e si rinnega così una regola canonizzata dalla tradizione; oppure si ammette la sua efficacia, ma bisogna ammetterla qualunque sia il modo, con cui si effettua, anche senza la compagnia di un titolo apparente, non opponibile all'avversario.

La teorica che propugno ha il suffragio della legge. Le servitù negative, come già rilevai, sono altrettante limitazioni delle facoltà comprese nel dominio pieno, poichè il loro effetto è precisamente questo di obbligare il proprietario ad astenersi da certi modi di esercizio, che il suo diritto gli consentirebbe. Ad esempio, la servitù di prospetto ha per suo correlativo l'obbligo del proprietario del fondo vicino di non innalzare il suo edificio in guisa da offendere il prospetto. *Servitutes negativae, quae in prohibendo consistunt*. Ora l'art. 631 del Cod. civ. dispone che l' usucapione delle anzidette servitù comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargliene il libero uso; ma non richiede

che l'atto sia accompagnato da un titolo (1). Havvi un altro testo di legge, che tratta di materia analoga, e che corrobora sempre meglio la nostra opinione. L'opposizione interviene non solo a rendere possibile l'usucapione delle cose di facoltà, ma eziandio a rendere atto ad usucapire, mediante interversione della causa, il possesso dei detentori precarii. Ora l'art. 2116 del Cod. civ. che accorda un'efficacia siffatta all'opposizione del detentore contro il diritto del proprietario, non esige che essa sia appoggiata ad un titolo.

61[bis]. — Se non che la teorica del Troplong, che qualunque forma di opposizione sia valida, credo debba essere accolta con un temperamento. A mio avviso, la proibizione vuol essere fatta per atto scritto ed intimato dall'usciere. Ciò desumo dalla lettera dell'art. 631 suddetto, che esige un atto formale; colle quali parole il legislatore assai chiaramente significò il suo pensiero, che un atto puramente verbale non può avere valore od effetto alcuno: ciò desumo anche più dallo spirito del disposto, dalla *mens legis*. Poichè la proibizione segna il principio del possesso atto ad usucapire, è manifesta la necessità di una prova certa *a priori*, esente da ogni dubbio, del momento preciso, in cui essa ebbe luogo, ad evitare i contrasti che la difficoltà di una prova da costituirsi dopo il lungo lasso di trent'anni verrebbe a sollevare. D'altro lato è giusto e conveniente che l'opposizione sia rivestita di certe forme solenni, idonee a dare un serio diffidamento al proprietario ed adeguate all'importanza dell'atto.

L'opposizione, oltrechè con un atto formale, può essere compiuta anche con atti materiali; può insomma effettuarsi *re*, per dirla colla frase classica. Chi atterra l'edificio che il suo vicino sta erigendo, protestando che non ha diritto di costruire, e che egli non permetterà mai che sorga l'edificio, che gli toglie il prospetto, fa certamente l'atto più energico di opposizione contro il diritto del suo vicino (2).

Ed è infine appena necessario di avvertire che l'opposizione deve essere seguìta dall'acquiescenza del proprietario, dalla sua desistenza da ogni ulteriore esercizio della facoltà, che gli venne disconosciuta.

---

(1) Vedi sopra n[i] 30-30 *quater*; confor. Bolchini, Op. cit., pag. 71.

(2) Confor. Gianzana, *Le acque nel diritto civile italiano*, I, n. 367; contra Bolchini, Op. cit., pag. 67, nota 3.

CAPITOLO V.

Il modo di operare della prescrizione acquisitiva.

SEZIONE I.

La funzione processuale dell'acquisitiva.

SOMMARIO: 62. *Della massima sancita dall'art.* 2109 *del Cod. civ., che il giudice non può supplire d'ufficio alla prescrizione. - Sua genesi.* — 63. *Essa non significa che l'usucapione non operi di diritto. - Si confuta la contraria opinione del Troplong.* — 64. *L'usucapione viene opposta in giudizio secondo le norme generali del rito processuale - anche dopo le difese in merito. - Si può invocare anche nei motivi di diritto, purchè in modo chiaro e categorico.* — 64bis. *Il giudice può correggere l'errore della Parte, applicando alle circostanze di fatto già provate l'usucapione che ad esse conviene a tenore di legge.* — 65. *Il giudice non può supplire d'ufficio all'usucapione non invocata neppure in favore delle persone incapaci.* — 66. *L'usucapione può essere opposta per la prima volta in appello. - Art.* 2110 *Cod. civ.* — 66bis. *Ma non dalla parte che rinunziò ad essa, nel qual caso deve essere respinta anche d'ufficio.* — 67. *Non si può opporre per la prima volta in Cassazione.* — Quid *del giudizio di rinvio? - Dopo il giudicato non si può più invocare l'usucapione.*

62. — In altro luogo ho trattato delle due diverse funzioni che viene compiendo l'usucapione; l'una attinente al diritto, in virtù della quale essa è un titolo originario di acquisto; l'altra processuale, destinata ad agevolare la prova cotanto difficile della proprietà, che essa compie tanto in favore di chi non ha altro titolo che il possesso, quanto in favore del proprietario, il cui diritto è sorretto da un titolo derivativo (1).

Di questa seconda funzione scendo ora ad esaminare il modo d'attuarsi nel giudizio.

Una delle regole generali che la disciplinano è quella sancita dall'art. 2109 Cod. civ.: " Il giudice non può supplire d'ufficio alla prescrizione non opposta ".

(1) Vedi sopra, n. 25.

La massima fu introdotta ed illustrata dagli Interpreti del *Gius* Comune. Si agitò vivamente la questione se alla mancata deduzione della prescrizione potesse supplire il giudice. La Glossa e Bartolo risposero di no; e Francesco Balbi così ne giustifica gli insegnamenti: " quia regulariter judex ex officio, parte non petente, non repellit actorem, nisi prorsus actione carentem, sive agentem de facto; secus si habeat actionem, quae eliditur exceptione juxta doctrinam Gloss et Bart. comuniter approbatam, in l. *ubi pactum* C. *de trans.* (l. 40, C. 2, 4) et in l. *si unus*, § *pactus ne peteret*, ff. *de pactis* (l. 27, § 2, D. 2, 14) „. Barbosa (1), così ragiona di questo argomento: " In primis autem illud est praemittendum, praescriptionem non praesumi nisi probetur, neque a judice suppleri, etiamsi ex actis de ea appareat, juxta regulam, l. 4, § *hoc autem judicium*, ff. *de damno infecto* 39, 2, *tradit. Minsingerus in dec. cam. centuria*, 3, obs. 28 „.

Il principio introdotto dalla Glossa ed accolto dai Dottori diventò un *jus receptum*, un cànone direttivo dei giudizii, un limite ai poteri del giudice, ed accolto dai moderni legislatori, venne elevato ad espresso disposto di legge (Cod. Nap. art. 2224; Albertino art. 2358; Italiano art. 2109).

Gli Scrittori, che trattano della nostra materia, giunti a questo disposto, si credono in dovere di giustificarlo. Alcuni fanno ricorso ad un conflitto tra la legalità ed il sentimento morale; tra lo stimolo dell'interesse e gli scrupoli di una coscienza delicata, od almeno ossequente ai riguardi sociali la quale impedisca di trar profitto di un possesso che si sa non appoggiato su di un giusto e valido titolo. A questi scrupoli, a questi rispetti, è giusto e conveniente che s'inchini anche il Giudice, e non dichiari un' usucapione, da cui la parte mostra di non voler ricavare alcun vantaggio (2). Altri invece è ricorso al principio che l'acquisto per usucapione non deve ritenersi un fatto compiuto, fino a che l'usucapiente non abbia manifestato la sua volontà di valersene (3).

A me non paiono questi i motivi, che hanno determinato e giustificano il disposto, che stiamo esaminando. Certo il legislatore li avrà tenuti nel debito conto, perchè non poteva dimenticare o conculcare i riguardi dovuti ad una coscienza scrupolosa ed imporre un acquisto a chi non abbia la volontà d'acquistare.

Il disposto ha forse bisogno di essere spiegato, non di essere giustificato, poichè in sostanza non è che un legittimo corollario

(1) Ad Tit. Cod., *de praescr.* XXX, ann. IV, 2 e 3.
(2) Laurent, XXXII, 198. Marcadé all'art. 2223 Cod. Nap.
(3) Ricci, V, 150.

delle norme processuali che reggono i giudizii e circoscrivono i poteri del Giudice. Di vero è principio elementare della civile procedura, che questi possa supplire al difetto delle parti nelle ragioni di diritto, non in quelle di fatto. Il fatto dev'essere allegato, discusso e provato da quella parte, che in esso fonda la sua azione o la sua eccezione; e solo quando sia allegato e provato, può essere riconosciuto come vero dal Giudice. Tale è l'insegnamento lasciatoci dalla Romana Sapienza (1). Ora penso non potersi dubitare che l'usucapione è nella sua essenza una cosa di fatto. Il possesso che ne costituisce l'elemento precipuo è un fatto materiale; fatto materiale è pure la sua durata pel tempo definito. Segue che il Giudice non può respingere d'ufficio l'avversario, contro il quale sarebbe decorsa l'usucapione, perchè egli non si presenta come *actione prorsus carens*. Spiegato in questo modo il disposto, ed è il solo logico e rispondente al vero, posso asserire che esso è inutile del tutto, ed applaudo di gran cuore al Commissario Bartalini, il quale aveva in seno della Commissione Coordinatrice proposto di sopprimerlo. Giova riferire la discussione allora avvenuta, come quella che ci illuminerà intorno ai motivi, per cui esso venne mantenuto. Si lasciassero, diceva il Bartalini, nel dominio della scienza i principii ivi sanzionati, e della cui verità non si potrà mai dubitare. La proposta venne combattuta dal Niutta, il quale osservò, specialmente quanto all'art. 2134 (art. 2109 Cod. civ.) essere il medesimo molto utile, perchè, se il Giudice non può supplire nelle cose di fatto, può tuttavia supplire nelle ragioni di diritto. Laonde ove la legge non parlasse, potrebbe sorgere il dubbio, se il Giudice possa supplire d'ufficio alla prescrizione, massime perchè vi può supplire nelle materie penali. La proposta Bartalini venne respinta (2).

Ma le ragioni accampate dal Niutta non sono sufficienti nè convincenti. La prescrizione non è una ragione di diritto direttamente promanante da un disposto di legge; è una *res facti*, che ha per sostrato il provato mantenimento di uno stato di cose per un tempo determinato. Non eravi quindi pericolo, che in mancanza di un espresso divieto, il Giudice sconfinasse dai suoi poteri fino a supplire d'ufficio alla prescrizione. Nelle materie penali supplisce d'ufficio, perchè la prescrizione estingue l'azione penale, e toglie così il fondamento della condanna. Penso quindi che non per simili inetti motivi siasi mantenuto l'espresso divieto, ma per la naturale reverenza alla tradizione di tanti secoli, per l'ingenito ossequio ad

---

(1) L. un. C. *ut quae desunt*, 2, 11.

(2) Verbale n. 44 della Commissione Coordinatrice, seduta ant. 22 maggio, pag. 541, *dei Processi verbali*.

una formola consacrata dall'uso secolare e dall'accoglimento in tutte le precedenti legislazioni (1).

63. — Il principio che il giudice non supplisca d'ufficio alla prescrizione venne accanitamente combattuto dal Troplong. Essersi così tolto alla prescrizione il suo più bel pregio, quello di operare di pien diritto; essersi così ridotta la prescrizione ad una pura e semplice eccezione; ciò disponendo, avere il legislatore commesso un atto di esagerato ossequio ad antichi pregiudizii, che non dovevano più penetrare nell'attuale legislazione, ed alle sottigliezze, entro le quali si era andato smarrendo il Diritto romano, e che bisognava ripudiare come un poco invidiabile retaggio (2).

Le considerazioni esposte poco addietro intorno al vero concetto del disposto tolgono ogni base alle censure del Troplong. Ma fra esse avvene due, su cui intendo soffermarmi alquanto.

La prima si è quella: che il disposto sia la conseguenza delle sottigliezze escogitate dai troppo acuti Giureconsulti di Roma. La proposizione lanciata in aria dallo Scrittore francese è completamente erronea ed ingiusta.

In tutto questo dibattito il Diritto Romano non ci ha proprio a che vedere. Non havvi in tutte le fonti, per quanto a me consta, un solo frammento, che abbia col medesimo alcuna relazione. Se poi la censura si riferisce alla generica distinzione, sancita da quel Diritto, dei mezzi liberatorii *ipso jure* e liberatorii *ope exceptionis*, certo che tale distinzione esistette, ed esercitò non poca influenza sullo svolgimento del Diritto Romano. Ma l'influenza è ben diversa da quella immaginata dal Troplong, il quale non seppe comprenderne lo spirito. Tanto i mezzi liberatorii *ipso jure*, quanto gli altri non operavano se non opposti dalla parte, cui giovavano; e nessun giureconsulto disse mai, che i mezzi liberatorii *ipso jure* potessero e dovessero applicarsi d'ufficio dal Giudice. La differenza tra le due categorie dei mezzi liberatorii non è stata finora ben determinata. Quanto al loro modo di operare in giudizio la diversità era questa: che nell'antica procedura quelli appartenenti alla seconda categoria dovevano essere inseriti nella formola, con cui il Magistrato rimetteva le parti al Giudice per la decisione del litigio, acciocchè questi potesse tenerne calcolo, mentre quelli appartenenti alla prima non abbisognavano di tale specifica inserzione per essere da lui presi in esame. Quanto ai loro effetti pare che le cause, che agivano *ipso jure*, togliessero all'obbligazione tanto

---

(1) Contra Mirabelli, Op. cit., 12.

(2) *Prescr.*, n. 85.

l'efficacia naturale quanto quella civile, laddove le altre non toccavano che l'elemento civile, lasciando sussistere il naturale, oppure non agivano che riguardo ad alcune delle persone interessate (1).

Ma le differenze vennero diminuendo e perdendo gran parte della pristina loro importanza collo scomparire dell'*ordo judiciorum* e colla sostituzione della *extraordinaria cognitio*.

La *praescriptio temporalis* operava per *exceptionem*. Ciò è indubitato; perchè le azioni provenienti dal *Jus* Civile erano perpetue nello stretto senso della parola; e quelle onorarie si perimevano *ope legis* se non erano esercitate entro l'anno utile concesso dall'Editto. Donde anzi il problema arduo e tanto agitato, se la prescrizione temporale nel Diritto Romano lasciasse o non sussistere l'elemento naturale dell'obbligazione.

Sparite nell'ultimo stadio della Romana Legislazione le rigorose formalità, che nei primi tempi erano imposte dal *Jus Civile*, ridotte ad un sol corpo le leggi, da qualunque sorgente esse provenissero; attribuita a tutte la stessa efficacia, sì che una tutela egualmente valida era accordata a ciascun diritto purchè riconosciuto dalla legge, i mezzi liberatorii tanto dell'una quanto dell'altra specie finirono per essere considerati come appartenenti ad una sola ed unica categoria e per ottenere un solo e medesimo effetto, quello di spegnere l'obbligazione, sulla quale agivano. Una anzi delle differenze era scomparsa del tutto: quella processuale, che cessò quel giorno in cui la riforma di Diocleziano fuse insieme il *jus* e il *judicium;* e venne così a mancare la necessità d'iscrivere certe cause di liberazione nella formola. Nel diritto nuovissimo dell'antica ed importante distinzione resta poco più che una reminiscenza storica.

Ma in un altro senso dicevano i Romani Giureconsulti che una causa di liberazione agiva *exceptionis ope;* quando cioè essa non riuniva in sè tutti i requisiti voluti dalla Legge Civile. Ad esempio, l'accettilazione era un mezzo liberatorio *ipso jure*, perchè equivaleva al pagamento; ma era proprio delle obbligazioni verbali. Quindi se si metteva in essere l'accettilazione in vantaggio di chi era vincolato da un contratto reale, essa secondo lo stretto diritto non lo liberava. Tuttavia siccome l'accettilazione conteneva necessariamente in sè un patto *de non petendo*, così il debitore in questa ipotesi aveva il presidio di un'eccezione di dolo. Questo ci insegna Ulpiano (2): " Si acceptolatum fuerit ei, qui non verbis sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti

(1) Maynz, *Droit Romain*, II, § 287.
(2) Fr. 19, D. *de acceptilatione*, 46, 4.

conventi se tueri potest „. Ma per potersi opporre l'*exceptio doli vel pacti conventi* occorreva che l'accettilante avesse avuto l'intenzione di liberare il debitore, ciò che non può presumersi, quando il creditore addivenne all'accettilazione pur sapendo, e appunto perchè sapeva, che essa era di nessun momento. " Fingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem, sic acceptotulisse; quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit? „ (1).

L'errore del Troplong si fa anche più palese, quando si considera la sola usucapione. La classica *usucapio* era un modo di acquisto introdotto e retto dal *Jus Civile*, e collocato a fianco di quei modi solenni che erano la *mancipatio* e la *in jure cessio* (2), e faceva acquistare la proprietà quiritaria protetta dalla *rei vindicatio*. Bisognerebbe dimenticare le più elementari cognizioni di Diritto Romano, per supporre che l'*usucapio* operasse non *ipso jure*, ma *exceptionis ope*.

L'opinione del Troplong, che alle sottigliezze ed ai pregiudizii ereditati da quel Diritto attribuisce la paternità del disposto sancito dall'art. 2109, è ingiustificablie ed insostenibile. E mai come nel caso egli ha fatto pompa verso la Romana Giurisprudenza di uno sprezzo, che essa non merita. Quelle sottigliezze e quei pregiudizii hanno contribuito ad elevarla all'alto grado di perfezione, che essa ha raggiunto. Le legislazioni, che non ebbero di siffatte sottigliezze, passarono senza lasciar traccia. Sola la Romana restò, e continuò ad imperare, come principio di ragione. I responsi di quei prudenti impongono ancora oggidì non solo per lo spirito acuto e pel rigore logico, ma anche pei nobili sensi di equità che li informano. Ben può dirsi che tutta l'evoluzione di quella Giurisprudenza altro non sia che una serie di tentativi per allargare la cerchia così ristretta del *Jus* civile: una lotta combattuta dalla *aequitas* contro lo stretto diritto. Ed una vittoria splendida di quella su questo fu appunto l'ammissione di cause liberatorie *exceptionis ope*, le quali probabilmente non erano riconosciute dalla Legge Civile (3).

La censura del Troplong non è meno ingiusta nella sua sostanza. Non è vero che la prescrizione in genere sia una semplice eccezione. Nessuno può dubitare che la prescrizione ed in ispecie

(1) Fr. 8, D. *eod.*

(2) Vedi sopra, n. 4.

(3) In molti testi è consacrata questa prevalenza della *aequitas* sullo *strictum jus*. Ne cito solo alcuni. È celebre il responso di Paolo nel Fr. 2, § 5, *de aq. et aq. pluv.*, 39, 3: " Haec equitas suggerit, etiamsi jure deficiamur „. Ad uno stesso sentimento rende ossequio il Fr. 21, D. *de interrog. in jur.*, II, 1. La l. 8, C. *de judiciis*, 3, 1, espressamente impone una tale prevalenza.

l'acquisitiva operi di pien diritto. Compiuto il curriculo, il debitore si trova liberato; il possessore si è trasformato in proprietario. La efficacia dell'usucapione è dimostrata all'evidenza dalla sua virtù retroattiva. La necessità di allegarla e di provarla in giudizio in conformità delle norme generali del rito non altera cotale efficacia. Anche la perenzione d'istanza deve essere opposta, e prima di ogni difesa in merito (art. 340 del Cod. di proc. civ.): eppure opera di pien diritto, come espressamente statuisce lo stesso Codice (art. 340). Insomma Troplong attribuì al legislatore un'intenzione, che egli non ebbe, per poterla poi combattere.

64. — Ho dimostrato che il disposto dell'art. 2109 è di diritto comune: vuolsi quindi interpretarlo ed applicarlo secondo le norme ordinarie, stando lontani tanto da un eccessivo rigore, che di una massima di ragione farebbe un molesto formalismo, quanto da una soverchia indulgenza che lo ridurrebbe a lettera morta. L'art. 2109 non è soltanto una misura ed un limite dei poteri del Giudice, ma è eziandio o forse più una guarentigia per l'avversario, contro il quale l'usucapione viene opposta. Egli quindi deve essere avvertito, perchè possa preparare la sua difesa e dimostrare che l'usucapione non si è compiuta.

La parte, che vuol approfittare dell'usucapione, deve dichiarare nettamente la sua intenzione. Questo lo scopo del disposto in esame.

Vediamo ora come venne interpretato. È massima pacifica tanto nel fòro quanto nella scuola, che non è prescritta alcuna formola sacramentale; che l'usucapione è ben opposta, qualunque sia il modo purchè atto a palesare la volontà di valersene. Fu giudicato che non occorre una conclusione specifica bastando che di questa volontà risulti dagli atti (1), e che la parte, la quale chiese di dare la prova di un possesso pacifico e non interrotto per la durata statuita, ha implicitamente manifestato il suo intendimento di valersi dell'usucapione (2).

Il modo di opporla è soggetto alle norme generali del rito. Non essendo l'usucapione una semplice eccezione, e ad ogni modo essendo un'eccezione perentoria, può essere opposta anche dopo qualsiasi difesa in merito, purchè questa non importi rinunzia. Nel procedimento sommario potrà essere proposta per la prima volta nella comparsa conclusionale; in quello formale invece non potrà più in-

(1) C. C. Torino, 4 luglio 1874, *Racc.*, XXVII, 1, 678; C. C. Firenze, 1° luglio 1887; *Legge*, 1887, II, 263.
(2) C. C. Franc., 16 novembre 1842; LAURENT, XXXII, n. 180.

vocarsi, dopo che l'istruttoria è rimasta chiusa (1). Tuttavia la si potrà opporre per la prima volta nella comparsa permessa dall'articolo 174 Cod. proc. civ. (2).

Laurent (3) si propone questo quesito: se la volontà di opporre l'usucapione sia abbastanza manifestata nei motivi di diritto, e lo risolve affermativamente. A me pare che una risposta assoluta per tutti i casi non possa darsi. Di vero il disposto dell'art. 2109 costituisce un salutare avvertimento per la parte, contro la quale si invoca l'usucapione. Essa ha diritto di non vedere la sua azione elisa da un mezzo, sul quale non fu chiamata a difendersi, e contro il quale non sentì il bisogno di difendersi. La questione a mio avviso è di fatto. Se l'avversario non fu chiaramente edotto, che la usucapione era formalmente accampata, poichè di questa si fece un puro cenno e a mera abbondanza nei motivi di diritto, cercandosi invece altro fondamento nei titoli od in altri argomenti, il giudice non potrà nè dovrà ritenerla come proposta. Una contraria definizione deve abbracciarsi, quando la volontà di approfittare dell'usucapione risulti manifesta, precisa, indubbia dai motivi.

D'altra parte non è necessario che l'usucapione sia formalmente proposta nella comparsa conclusionale. Il Giudice deve tenerne calcolo quand'anche sia accampata in qualunque altra scrittura della causa. Invero tutto ciò che esige l'art. 2109 è che l'usucapione sia opposta; pretendere di più sarebbe aggiungere alla legge (4).

64[bis]. — Il divieto di supplire d'ufficio all'usucapione importa forse anche che il Giudice non possa in alcun caso rettificare le erronee conclusioni della parte, applicando in suo favore una prescrizione invece di un'altra mal a proposito invocata? Il quesito ha per necessario sostrato che tutti gli elementi di fatto siano assodati. In tal caso parmi equo e ragionevole, che si conceda al giudice la potestà di correggere l'errore, in cui la parte è incorsa, e di applicare la legge che conviene alla specie. Ai fatti provati egli applica la regola di diritto; ma la conseguenza, che egli ne ricava, era già espressamente chiesta dalla parte. Ciò facendo, il

---

(1) C. C. Torino, 7 novembre 1891. *G. T.* 1891, 723.

(2) C. A. Venezia, 10 maggio 1877, *Monitore M.*, XVIII, 519.

(3) XXXII, n. 181.

(4) Il Mirabelli, Op. cit., 14, opina che il Giudice non deve, ma può esaminare la prescrizione invocata nelle comparse e ommessa nella conclusionale. Non posso aderire a questo modo di risolvere il problema. O il fatto di non aver più invocato la prescrizione importa rinunzia, ed il Giudice non deve prenderla in disamina, perchè ciò equivarrebbe a supplire d'ufficio; o non importa rinuncia, e deve tenerne conto.

giudice, non che trascendere i limiti imposti ai suoi poteri, adempie ad un suo dovere, in conformità di quanto sancirono gli Imperatori Diocleziano e Massimiano nella nota l. un. Cod. *ut quae desunt*, 2, 11 (1). Pongasi che Tizio abbia fatto la prova di un possesso ultra-trentennario in base ad un titolo non trascritto. Errando in diritto, egli ha parlato della usucapione decennale, dimenticando che questa esige la trascrizione del titolo. Perchè il giudice non dovrebbe correggere l'errore ed aggiudicargli la cosa contesa, non in virtù della decennale, ma sibbene della trentennaria, trovandone provati e certi tutti gli elementi? Di vero la volontà di valersi della usucapione fu chiaramente espressa; ed il giudice null'altro fa che dare ad essa il giusto indirizzo. — Nè mi si opponga un giudicato della Suprema Corte di Torino (2), la quale proclamava: che se la parte ha opposta la prescrizione introdotta da una legge nuova facendola decorrere dalla sua attuazione, non potrebbe il giudice applicare la prescrizione stabilita dalla legge anteriore sotto il cui impero si cominciò a possedere. La Corte Torinese si mosse a decidere in quel senso perchè non erano certi in causa tutti i requisiti necessarii alla prescrizione stabilita dalla legge antecedente. Che se tutti fossero stati provati e la parte avesse errato allegando piuttosto l'una che l'altra usucapione, non vi sarebbe stato motivo per cui il giudice avesse dovuto astenersi dal correggere l'errore applicando l'antica confacente al caso piuttosto che la nuova mal a proposito invocata (3).

65. — Il disposto sancito dall'art. 2109 è generale e non soffre eccezioni per riguardi di persona. Concordano gli scrittori, che esso deve applicarsi anche ai minori, agli interdetti, ed in genere alle persone incapaci, e che il giudice non potrebbe in alcun caso e sotto alcun colore di equità supplire d'ufficio all'usucapione non invocata dalla parte. A primo aspetto si direbbe esservi contraddizione tra questo disposto e quello contenuto nell'art. 2108 del Cod. civ. secondo il quale chi non può alienare non può rinunziare all'usucapione. La contraddizione è solo apparente. L'art. 2108 concerne

---

(1) L. un. C. *ut quae desunt:* " Non dubitandum est, Judicem, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire ".

(2) Sent. 6 giugno 1885, *G. T.*, 1885, 450.

(3) Vedere in questo senso C. A. Torino 18 aprile 1884, *G. T.* 1884, 553; C. C. Torino 1° marzo 1873, *G. T.* 1873, 404. La stessa C. C. Torino in precedente sentenza 4 dicembre 1868, *G. T.* 1869, 97, aveva sancito, che opposta in genere la prescrizione rettamente il Giudice applica quella che conviene alla specie.

la rinunzia che proviene da un fatto volontario di colui che ha usucapito; l'art. 2109 disciplina il modo di operare dell'usucapione nel giudizio. Quest'ultimo articolo, più che una norma di diritto materiale, sancisce una regola processuale. Ora è troppo noto che le regole processuali vincolano in ugual modo e misura tutti i contendenti, quali siansi le condizioni loro personali, e il favore di cui potrebbero per avventura apparire meritevoli.

Del resto le persone incapaci, quando sono regolarmente rappresentate in causa, e tali debbono certamente essere, sono in tutto e per tutto pareggiate alle capaci. I mandatari, o convenzionali o legali che essi siano, se non nuociono ai loro rappresentati o mandanti con azioni, *committendo*, possono pur troppo danneggiarli con ommissioni, *omittendo*. Siccome anche la colpa in omittendo dà luogo al risarcimento dei danni, gli incapaci lesi nei loro interessi da rappresentanti infedeli od imperiti, che per connivenza o trascuranza non opposero l'usucapione, si rivolgeranno contro di loro per essere indennizzati (1).

66. — Il sistema legale della funzione processuale del nostro istituto è completato dall'art. 2110 Cod. civ., il quale detta che " la prescrizione si può opporre anche in appello, se chi aveva diritto di opporla, non vi ha rinunziato ". Il Commissario Bartalini, che pare abbia avuto il merito di rendersi campione delle proposte più logiche, ne aveva chiesto la soppressione nel seno della Commissione coordinatrice. E veramente ragionevole era la sua proposta. Dubbio alcuno non poteva cadere sulla facoltà d'invocare per la prima volta in appello l'usucapione, sì che a dissiparlo occorresse un espresso disposto di legge. Invero o il possessore è convenuto nel giudizio rivendicatorio, ed in questo caso l'usucapione s'oppone in forma di un'eccezione perentoria, proponibile in appello secondo il chiaro dettato dell'art. 490 Cod. proc. civ., comma 3°. " Può proporsi (nel giudizio di appello) la compensazione ed ogni altra eccezione alla domanda principale ". Se invece è egli l'attore, e in primo giudizio raccomandò il suo diritto ai soli titoli, qual principio di ragione o divieto di legge gl'impedirebbe d'invocare la usucapione a sostegno della sua domanda? Cambia forse questa, se a suo sostegno si adduce il nuovo mezzo desunto dal possesso?

Il modo di opporre l'usucapione nel secondo giudizio è disci-

---

(1) *Idem* Ricci, V, n. 150. Ma coloro, che insegnano tutto il fondamento dell'art. 2109 consistere nel rispetto agli scrupoli di una coscienza timorata, come possono conciliare colla loro dottrina la massima che il disposto colpisce anche gl'incapaci?

plinato dalle norme generali del rito. Anche in secondo giudizio non è necessario che sia invocata prima di ogni altra difesa in merito. È un mezzo perentorio, a cui si può ricorrere fino a quel momento in cui le norme del rito ne vietino la deduzione. Basta quindi richiamare quanto ho già detto sul proposito (1).

Se l'usucapione può proporsi per la prima volta in appello, *a fortiori* vi può essere riproposta. Ed è anzi un *jus receptum*, che l'intenzione di nuovamente invocarla è a sufficienza manifestata dalla domanda di conferma della pronunzia di primo grado, la quale ebbe a dichiararla.

Ma pongasi che uno dei contendenti abbia in prima istanza proposto varii mezzi, fra cui anche l'usucapione, a sostegno della sua azione o della sua eccezione, e che la relativa sentenza riuscitagli favorevole per alcuni di questi mezzi non abbia pronunciato sull'usucapione, o meglio ancora l'abbia espressamente rigettata. Dovrà egli in caso di appello della parte soccombente sollevare apposito gravame in via incidentale? Dopo alcune oscillazioni ed esitanze la dottrina e la Giurisprudenza sono oramai concordi nel proclamare che l'appellato non ha bisogno di ricorrere all'appello incidentale per risollevare la questione della già compiutasi usucapione. Nulla vieta all'appellato, dice l'illustre Mattirolo, di riproporre nel procedimento di seconda istanza tutte quelle eccezioni, di cui usò nel primo, siano queste state trattate o no, e, se trattate, accolte o respinte dalla sentenza appellata.

66bis. — Alla regola che l'usucapione può accamparsi per la prima volta in appello, l'art. 2110 citato fa un'espressa eccezione pel caso in cui chi aveva diritto di proporla, vi abbia già rinunziato. Il Codice francese al corrispondente art. 2224, la cui sostanza venne riprodotta nell'art. 2110 del nostro Codice, si era servito di una dizione alquanto differente: " La prescription peut-être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel à moins que la partie, qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive par les circonstances être présumée y avoir renoncé ". L'articolo così scritto venne censurato dal Laurent pel motivo che non si deve presumere la rinunzia ad un diritto; e per lo stesso motivo venne lodata dal Ricci l'espressione usata dal nostro Codice, come più semplice e più corretta. Tanto la censura, quanto la lode sono immeritate. Il legislatore francese esplicitamente accennò al caso in cui la rinunzia fosse tacita e da desumersi dai fatti, non parendogli incerta la risoluzione pel caso di rinunzia espressa; pel

---

(1) Vedi sopra, n. 64.

che giusto ed acuto è il divisamento del Troplong esservi intimo nesso tra gli art. 2224 e 2221 di quel Codice. Il nostro legislatore e l'uno e l'altro caso abbracciò e comprese in una dizione più sintetica; ma nulla ha cambiato della sostanza.

Il divieto fatto a chi rinunziò all'usucapione di riproporla ha un saldo fondamento tanto nei principii generali di diritto, che vietano il cambiamento di una risoluzione già manifestata con danno altrui " *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam* „ (1), quanto nel disposto di legge che permette di rinunziare all'usucapione.

Resta a vedersi se l'art. 2110 largisca al Giudice di secondo grado la potestà di respingere d'ufficio il mezzo dell'usucapione, che la parte tenti d'invocare in appello, sebbene dagli atti di causa risulti che ebbe già a farvi espressa o tacita rinunzia. Secondo i principii generali il Giudice non ha potere d'iniziativa, dovendo egli giudicare della questione entro quei limiti, che furono stabiliti dai contendenti. Le conclusioni delle parti eccitano, ma circoscrivono ad un tempo i poteri del Giudice. Conseguentemente senza istanza di parte a primo aspetto il Giudice sembra non avere la potestà di andar spontaneamente ricercando entro gli atti se esista un qualche fatto in cui s'incarni la volontà di rinunciare all'usucapione. Ma più maturo esame ci persuade del contrario. La formola usata dall'art. 2110 è imperativa: dicendo che la prescrizione si può opporre anche in appello se chi aveva diritto di opporla non vi ha rinunziato, chiaramente significa che chi vi ha già rinunziato non può più opporla in appello. Il Giudice quindi, che ricerca se rinuncia vi fu, ed in caso affermativo, la dichiara e respinge il mezzo mal a proposito invocato, si conforma alla legge, coartando entro i limiti da questa prefissi l'esercizio di una facoltà concessa ai contendenti. D'altronde l'appello ha per intento la riforma di una sentenza, che si pretende non conforme a legge ed a giustizia, e per legittimo corollario, che il Giudice indaghi, anche senza conclusione specifica di parte, se il gravame sia o no fondato, e rigetti quindi la mal opposta usucapione, quando gli atti la dimostrino non più opponibile.

67. — L'art. 2110 fissa il limite estremo, oltre il quale non è più lecito d'invocare l'usucapione. È massima pacifica che non può proporsi per la prima volta in Cassazione. È un mezzo che giace tutto in fatto e vuol essere discusso fra le parti nella sede di merito; è una questione nuova, di cui la Suprema Corte non può

(1) Fr. 75, D. *de R. J.*, 50, 17.

occuparsi; infine la Corte di Cassazione ha per còmpito di annullare le sentenze che violarono la legge, e nel caso invece la censurata pronunzia ne fece buon governo, astenendosi dal supplire d'ufficio all'usucapione non opposta dalla parte cui giovava.

Si disputa, se in sede di rinvio possa per la prima volta invocarsi l'usucapione. Tre sono le opinioni, che tengono il campo. Alcuni negano assolutamente la potestà di fare nuove deduzioni e di opporre nuove eccezioni davanti al Giudice di rinvio; altri ammettono indistintamente una tale potestà; ed altri finalmente distinguono tra procedimento sommario e procedimento formale, in questo rifiutando, in quello consentendo la facoltà delle nuove deduzioni ed eccezioni. Più rispondente al vero ed alla ragion giuridica parmi quest'ultima opinione. La causa davanti al Tribunale di rinvio si trova nelle stesse condizioni e soggetta alle stesse norme, che davanti all'altro Tribunale la cui sentenza venne cassata. Segue che l'annullamento pronunziato dalla Suprema Corte non deve avvantaggiare la condizione processuale di un litigante in danno dell'altro, e che s'impone la distinzione fra i due procedimenti col doversi applicare le speciali norme di cui sopra ho fatto parola. Fatta eccezione pel caso in cui l'annullamento non comprenda la sola sentenza, ma eziandio gli atti che l'hanno preceduta. Pongasi ad esempio, che l'iscrizione a ruolo venga dichiarata nulla e di nessun effetto perchè fatta irritualmente. In questo caso, non potendosi ancora considerare chiusa l'istruzione della causa, anche in sede di rinvio si potrà per la prima volta invocare l'usucapione.

Questo il mio avviso; ma ad onor del vero debbo aggiungere che le prevalenti dottrina e giurisprudenza seguono l'opinione più benigna, ed ammettono in qualunque caso e in qualunque forma di procedimento ampia facoltà di nuove prove, deduzioni ed eccezioni. Proponibilissima quindi in rinvio anche la usucapione prima non invocata (1).

È principio non controverso e non controvertibile che dopo il giudicato non si può più opporre la usucapione. Non già che il silenzio serbato durante il giudizio implichi per sè solo una rinunzia. Le rinunzie non si presumono, ed il non aver allegato l'usucapione non si connette necessariamente colla volontà di rinunziarvi, avendo potuto dipendere da ignoranza, da negligenza od anche da ferma fiducia nei proprii titoli. Ma il giudicato, che riconobbe fondata

(1) MATTIROLO, *Proc. civ.*, 3ª ed., IV, n. 949 e segg.; RICCI, *Proc. civ.*, II, n. 679 e segg.; MIRABELLI, Op. cit., 9; C. C. Napoli, 10 novembre 1880, *Fôro It.*, VI, 1, 215; C. C. Torino, 29 dicembre 1885; 1° luglio 1886; 17 agosto 1886; 11 agosto 1887, *G. T.*, 1886, pagg. 631, 415, 99; 1887, pag. 699.

l'azione rivendicatoria ed aggiudicò il fondo al petitore, fissa i diritti rispettivi delle parti, forma stato fra di loro, e non ammette ulteriori lagnanze e querele. Lo stesso art. 2110, dando facoltà di opporre la usucapione *anche in appello*, per la ragion logica dei contrarii proibisce di posteriormente invocarla (1).

SEZIONE II.

La rinunzia alla prescrizione acquisitiva.

SOMMARIO: 68. *La rinuncia alla prescrizione futura è proibita.* — 69. *Il disposto trova difficilmente applicazione nell'usucapione. Critica delle ipotesi proposte dal Mourlon e dal Marcadé.* — 70. *È lecita la rinuncia all'usucapione compiuta, e può attuarsi in qualunque modo. - Rinuncia espressa, e tacita o presunta.* — 71. *Caratteri della rinuncia presunta. - Giurisprudenza.* — 71^bis^. *In quali casi la decisione del Giudice intorno alla esistenza della rinunzia tacita possa essere censurata dalla Corte Regolatrice.* — 72. *La rinuncia non può aver luogo che in favore dell'antico proprietario. - Critica di una sentenza della Corte di Bordeaux, e di un'altra del Tribunale di Genova.* — 72^bis^. *La rinunzia può essere fatta sotto condizione.* — 73. *Proteste e riserve.* — 74. *La rinunzia è un atto unilaterale, che si può provare per mezzo di testi o di presunzioni.* — 75. *La rinunzia in realtà contiene l'alienazione di un diritto. - Opinioni degli autori.* — 76. *Ma si considera come atto semplicemente ricognitivo per finzione di legge.* — 76^bis^. *Effetti della finzione per cui la rinunzia si ritiene ricognitiva e non traslativa.* — 77. *Il disposto dell'art.* 2108. — 78. *I tutori dei minori e degl'interdetti non possono rinunziare all'usucapione neanche coll'autorizzazione del Consiglio di famiglia.* — 79. *Il minore emancipato ed il maggiore inabilitato possono rinunziare coll'osservanza delle norme tutelari stabilite dalla legge.* — 80. *La donna maritata non può rinunziare se non autorizzata dal marito.* — 81. Quid *dei Corpi morali?* — 81^bis^. *Gli amministratori e rappresentanti convenzionali non possono rinunziare se non per mandato speciale avuto.* — 82. *La rinunzia riceve una stretta interpretazione.* — 83. *L'art.* 2112 *del Cod. civ. - Dispute degli Scrittori intorno alla natura di questo disposto ed ai suoi rapporti colle norme di diritto comune sancite dagli art.* 1234 *e* 1235 *del Cod. civ. - Critica delle opinioni del Laurent e del Ricci.* — 83^bis^. *Si propone e giustifica una distinzione tra creditori e terzi interessati.* — 84. *Condizioni a cui è sottoposto l'esercizio della facoltà concessa ai creditori. - Il dolo, o la colpa lata, è insito nella stessa rinunzia fatta dal debitore, che è insolvibile. Questi non si ammette alla prova del contrario.* — 85. *Come si eserciti detta facoltà.* — 85^bis^. *La rinuncia emessa sotto condizione od in seguito a compenso*

(1) Vedi in tal senso C. A. Chambéry, 4 gennaio 1853; BETTINI, V, 2, 153; C. C. Torino. 8 febbraio 1884, *G. T.*, XXI, 130; MIRABELLI, Op. cit., 10.

è disciplinata dal Gius comune. — 86. *I terzi interessati sono tutti coloro che hanno sul fondo usucapito un diritto, che può essere danneggiato dalla rinuncia, o che per virtù della usucapione erano stati liberati da un onere, che risorgerebbe in dipendenza della rinunzia.* — 87. *Erronea eccezione introdotta dal Marcadé pei diritti che non si acquistano mediante il possesso.* — 88. *Si respingono e dimostrano errate alcune applicazioni dell'art.* 2112. - *Il compratore dell'immobile usucapito non è uno degl'interessati ad opporre la usucapione a senso dell'articolo* 2112. — 88[bis]. *Neppure il venditore.* — 88[ter]. *E neppure il cessionario del prezzo di vendita.*

68. — La disamina degli effetti dell'usucapione, che faremo a luogo opportuno, ci mostrerà, che essi sostanzialmente consistono nell'acquisto di un diritto, colla relativa tutela di un'azione e di un'eccezione. E poichè tale acquisto si verifica nell'interesse di un privato e non ha alcuna relazione coll'ordine o col diritto pubblico, parrebbe doversi attribuire al privato la facoltà di rinunziarvi, in qualunque momento meglio gli gradisse. A tale facoltà tutti i legislatori hanno imposto un limite, vietando la rinuncia anticipata. Così il Codice francese (art. 2220), così l'Albertino (art. 2355), così il nostro, il quale all'art. 2107 dispone: " Non si può rinunciare alla usucapione se non quando essa è già compiuta ".

Il principio accolto e sanzionato dai legislatori venne introdotto nella scienza giuridica dagli Interpreti del Gius Comune. Bartolo lo aveva illustrato: " Quaero, lasciò egli scritto, an per pactum possit renunciari juri praescriptionis. Et videtur quod non, cum sit inducta ad publicam utilitatem " (1). Ed altrove: " quaerit Dy. (Dynus) an valeat pactum ne servitus quam habeo in fundo tuo praescribatur "; ed egli risponde non valere un patto siffatto, perchè usucapione e prescrizione furono introdotte *propter bonum publicum principaliter*. Ed altrove ancora: " sed per pactum, ne currat in futurum, renunciat juri ob utilitatem publicam introducto, quod fieri non potest " (2).

Le acute considerazioni di Bartolo ci fanno palese l'intendimento del legislatore nel vietare le rinuncie anticipate. Gli scopi di universale interesse, cui mira l'usucapione (a non parlare che di questa) sarebbero facilmente frustrati, se la legge accordasse un qualche valore a cotali rinuncie. Non più assodati i diritti, non certi i dominii, non più incitato il proprietario alla cultura dei proprii beni. Una clausola, che diventerebbe di stile, priverebbe di effetto il possesso per quanto a lungo durato e tutelerebbe il proprietario contro la sua inerzia per quanto tempo protratta. Ciò vieta

(1) Ad. l. 1, D. *de usucap.* Op. Om., tom. 7, pag. 89.
(2) Ad. l. 58, D. *de leg.* 1, n. 19, 20. Op. om., tom. 4, pag. 15.

la pubblica utilità, ciò vieta la legge. Mentre l'usucapione fa il suo corso, libero il proprietario d'interromperla rivendicando la sua cosa od il suo diritto: libero pure il possessore di togliere ogni effetto al possesso, che egli ha già avuto, col riconoscere l'altrui diritto. Il passato ed il presente sono in balìa del privato; l'avvenire no.

69. — Il divieto della rinunzia anticipata è molto più importante per l'estintiva che non per l'acquisitiva, tant'è che la Giurisprudenza non ci presenta casi già avverati di rinunzie siffatte all'usucapione. La minore importanza pratica è anche luminosamente provata dagli esempi, che illustri scrittori hanno dovuto immaginare per adattarli all'usucapione.

Il Mourlon (nelle sue *Répétitions*) crede di ravvisare in due specie da lui proposte l'applicazione del divieto. Io le disaminerò a dimostrare come facilmente s'incorra in errori ed in confusioni che bisogna evitare. Pone egli in primo luogo che Tizio conceda a Cajo suo vicino di aprire nel suo muro finestre a distanza minore della legale a patto che gli rilasci un documento comprovante la precaria concessione. Ebbene, dice egli, il titolo è nullo e di nessun effetto, come quello che ripugna al divieto delle rinunzie preventive. Segue, che non ostante il patto Cajo dopo un trentennio di continuato possesso avrà acquistato il diritto di prospetto. Il Mourlon per giungere ad una conseguenza siffatta dimenticò che il titolo, in base al quale Cajo aperse le finestre, ne qualifica il possesso, e togliendo di mezzo l'*animus sibi habendi*, lo spoglia dell'attitudine ad usucapire. Cajo tenne aperte le finestre per una benevola concessione del vicino; qualunque sia il tempo trascorso, non acquisterà mai una servitù, eccetto che faccia atto di opposizione al diritto del concedente, ed interverta la causa del suo possesso (1). La questione insomma nella prima delle ipotesi escogitate dal Mourlon non cade sulla inefficacia della rinunzia preventiva, ma sulle qualità del possesso.

In secondo luogo pone egli che il possessore, da me proprietario minacciato dell'esperimento dell'azione reale, mi rilasci un documento col quale renda omaggio al mio diritto, e prometta di rinunciare all'usucapione. Cotale rinuncia è del tutto inefficace in forza del noto disposto di legge. A me pare che la questione sia ben altra, e versi tutta sul punto di vedere quale sia stata l'intenzione delle parti. Hanno esse voluto veramente pattuire una ri-

---

(1) Confor. C. C. Palermo 10 giugno 1899. *Legge*, 1899, II, 333.

nunzia? Oppure hanno avuto il ben diverso intendimento di togliere al possesso la qualità di legittimo, riducendolo ad una detenzione precaria, e trasformando colui, che fino allora era stato un possessore legittimo in un semplice detentore? La seconda ipotesi non solo è possibile, ma anche probabile. Il proprietario soddisfatto dello spontaneo riconoscimento concede al possessore di continuare nel possesso, ma alla condizione che il suo diritto ormai riconosciuto non abbia a soffrirne, ciò che egli si assicura col pattuire che da quel momento l'antico possessore si costituisca detentore in suo nome e per sua concessione. La questione è adunque di puro fatto, d'interpretazione di volontà, da definirsi secondo le circostanze ma non con criterii fissi *a priori*.

Il Marcadé (1) dopo di avere censurato le applicazioni che il Mourlon aveva proposto, crede ravvisarne una esatta nella seguente ipotesi. Il possessore invia al proprietario una lettera, colla quale chiede di essere lasciato nel possesso e godimento del fondo e promette di rinunziare all'usucapione. Il proprietario rifiuta il partito; e subito dopo diventa pazzo o muore. Se il possessore è lasciato nel pacifico possesso del fondo per un altro trentennio, egli ne avrà usucapito la proprietà. Invero, secondo il Marcadé, non havvi nel caso concessione precaria, perchè il proprietario l'ha rifiutata; e d'altra parte la promessa fatta dal possessore non ha efficacia, e non impedisce all'usucapione di giungere al suo compimento.

Marcadé non cadde in così gravi errori, come quelli del Mourlon; vide dove era la difficoltà e cercò di evitarla. Ma per giungere alla conseguenza da lui vagheggiata dovette supporre che la mancanza dell'*animus domini* abbia la sua unica causa in una concessione precaria. La premessa non è esatta. La mancanza dell'*animus* può dipendere da un atto obbiettivo, che imprima necessariamente al possesso un dato carattere, come è il precario proprio od improprio; ma può derivare anche da un atto subbiettivo, dalla volontà cioè del possessore di detenere la cosa a nome ed a vantaggio altrui. Occorre quindi anche nella specie proposta dal Marcadé una indagine di fatto: vedere cioè se le dichiarazioni contenute nella lettera manifestino la volontà di detenere in avvenire a nome del proprietario. Se l'indagine dà questo risultato, il possesso posteriore non potrà condurre all'acquisto del diritto; ed il disposto che vieta le rinunzie anticipate, non troverebbe applicazione, perchè nel caso non havvi alcuna rinunzia.

Il fin qui detto mostra quanto sia e quanto esser debba raro il caso di una vera rinuncia alla usucapione futura. A mio senno

---

(1) All'art. 2220, n. 11.

il caso potrebbe solo trovar luogo in una convenzione colla quale due persone stabilissero che tra di loro non abbia a correre alcuna prescrizione.

70. — La rinuncia, se non può essere anticipata, può invece efficacemente verificarsi durante il corso dell'usucapione. Ogni riconoscimento dell'altrui diritto durante il corso dell'usucapione costituisce una rinunzia; ma, siccome vuol essere piuttosto considerato come atto d'interruzione, per questo motivo il legislatore non ne fece parola e mise invece la rinuncia in relazione all'usucapione già compiuta.

La rinuncia all'usucapione perfetta è espressamente autorizzata dall'art. 2107. Ed è razionale. Quando essa ha compiuto il suo giro, ed ha attribuito il diritto, l'usucapiente deve avere assoluta libertà di abbandonarlo a tenor della massima sancita dalla l. 29, C. *de pactis*, 2, 3: *omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renunciare.* La società non ha alcun interesse, che il cittadino del diritto acquistato mediante usucapione usi o non usi. Tutto ciò che riguarda soltanto il privato interesse, è rimesso alla balìa del privato, che delle cose sue è *arbiter et moderator.* Se altrimenti fosse, la legge diventerebbe tirannia.

L'art. 2107 non stabilisce una formola sacramentale, con cui la rinuncia debba aver luogo. Essa può quindi verificarsi in qualsiasi modo valga a manifestare la volontà di abbandonare il diritto acquisito: tanto in giudizio quanto fuori di giudizio: tanto espressamente, quanto con fatti che dinotino una tale volontà.

La rinuncia è espressa o tacita, giusta il letterale disposto dell'art. 2111 Cod. civ. La rinuncia espressa si avvera quando l'usucapiente dichiara di non voler profittare dell'usucapione; la tacita risulta da un fatto, il quale sia incompatibile colla volontà di valersene. Non posso approvare la dizione usata dal legislatore — rinunzia tacita — per significare questa seconda maniera di rinuncia, poichè essa può risultare non solo da fatti, ma eziandio da dichiarazioni della parte, le quali, pur non contenendo un espresso riconoscimento dell'altrui diritto, importino tuttavia e manifestino la volontà di non opporre la usucapione. Più correttamente la si sarebbe chiamata rinuncia presunta, essendo appunto una presunzione quel processo logico, pel quale dal fatto noto, che per sè stesso non palesa la rinuncia all'usucapione, si risale all'intendimento di rinunziare. La rinunzia tacita è quella che pur non manifestata *rotundis verbis,* promana direttamente dalla volontà della parte; la presunta invece può anche non essere da lei voluta. Il che si arguisce dal testo stesso dell'art. 2111 il quale pone la sostanza della

rinunzia tacita nella incompatibilità di un fatto colla volontà di opporre la prescrizione. È forse cosa certa che, quando la parte addivenne a quel dato fatto, avesse l'intenzione di rinunziare? O non è invece possibile che non abbia misurato tutte le conseguenze del suo atto, e meno ancora quella, che se. ne sarebbe poscia desunta la volontà di non opporre l'usucapione? Rinunzia tacita a mio avviso è quella che manifesta la volonta coi fatti, ma in modo diretto, sì da escludere ogni bisogno di ragionamento; presunta è invece quella che si desume per via indiretta e per forza di sillogismi dal contegno della parte. Le quali considerazioni mettono in evidenza un'essenziale differenza tra la rinuncia diretta, espressa o tacita che sia, e la presunta; quella contiene di necessità il riconoscimento dell'altrui diritto ed è un atto volontario; questa invece è una conseguenza, che il giudice ricava da un fatto volontario della parte, ma che talvolta ripugna all'intenzione di questa.

71. — La rinunzia presunta ha questi caratteri:

1° Essa consiste in un fatto; cioè in un'azione della stessa parte. Una semplice omissione non fornirebbe una prova sufficiente della volontà di rinunziare, come quella che può essere effetto di errore o d'ignoranza. Neppure un'admissione pregiudizievole fatta in causa dal procuratore o rappresentante fuori dei limiti del suo mandato può importare rinunzia all'usucapione;

2° Questo fatto deve essere assolutamemente incompatibile colla volontà di approfittare dell'usucapione; tale cioè che non possa in alcuna guisa spiegarsi se non come manifestazione dell'intendimento di rinunziare. La rinunzia secondo il noto precetto, non vuolsi facilmente presumere (1). La sola incompatibilità tra il fatto e la volontà di opporre la usucapione, ben provata, ben certa, può essere indizio sufficiente a farla ritenere. Ciò esige espressamente la legge. Fu quindi rettamente giudicato che ad assumere la tacita rinunzia, oltre la capacità, la libertà, la spontaneità della persona, si richiede che gli atti, dai quali si pretende desumere codesta intenzione, siano tali da far necessariamente supporre l'abbandono del diritto acquisito. Tali non sarebbero quelli di aver prima invocato altre eccezioni, poichè la legge ammette la parte ad opporre

(1) Ho detto che la rinunzia alla usucapione non devesi facilmente presumere, e non già che non devesi presumere, perchè si è appunto da presunzioni *hominis* che se ne ricàva la prova. In tesi generale poi la massima: che le rinunzie non si presumono, non significa gia esclusione delle presunzioni, ogni qual volta la materia non le proscriva, ma rigore particolare di prova. Vedi in proposito Fadda e Bensa, Note al *Windscheid*, 1, pag. 886 e segg.

l'usucapione in qualunque stadio del giudizio, ed anche in appello; l'aver discusso sui titoli prodotti dal rivendicante cercando dimostrare che non suffragano il fondamento dell'azione; tali non sarebbero le profferte conciliative fatte da una parte all'altra (1).

Al contrario sarebbero da considerarsi come importanti rinunzia, il ritratto litigioso, l'istanza che la questione della proprietà sia decisa piuttosto sui titoli che non alla stregua del possesso (2), il prendere od anche l'offrire di prendere in conduzione il fondo, di cui è contesa, così pure il comprare una servitù sullo stesso fondo, od anche far pratiche per acquistarla (3), l'essersi procurata una ratifica dell'acquisto fatto a *non domino* dall'antico proprietario (4).

L'articolo 2111 non esige che i fatti, da cui si desume la rinunzia, si compiano in giudizio: qualunque atto o giudiziale o stragiudiziale può valere a fornirne una valida e conveniente congettura. La C. C. Torino decise che una deliberazione di un Consiglio comunale può includere una rinunzia (5) e la C. A. Genova giustamente ritenne che la si può argomentare dalle dichiarazioni personali della parte davanti un giudice incompetente (6).

71*bis*. — Nessun criterio *a priori* può essere dato per determinare quali sono i fatti idonei a fornire una presunzione di rinunzia. La loro valutazione è in tutto rimessa al prudente arbitrio del Giudice, il quale non dovrà indursi a ritenere la rinuncia, che quando il fatto non possa altrimenti spiegarsi se non come indizio dell'abbandono del diritto quesito. L'atto della parte, onde si argomenta la rinunzia, deve essere univoco; ogni altro intento, che ad esso si possa attribuire, lo rende inabile a farla presumere.

Trattandosi di apprezzamento in fatto, è naturale che la decisione del Giudice non vada soggetta a censura (7). Se non che

---

(1) C. C. Torino, 5 maggio 1870, *Gazz. G.*, XXII, II, 269; C. A. Lucca, 11 maggio 1872, *Ann.*, 1872, 2, 448; C. A. Torino, 6 luglio 1895, *G. T.*, 1895, 630.

(2) Troplong, n. 72. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 80.

(3) Marcadé, all'art. 2222, n. 5.

(4) C. A. Casale, 20 novembre 1896, *G. T.*, 1896, 802. Un caso elegante di rinunzia tacita presenta il c. 19, X, *de praescr.* (2, 26), secondo il quale la impetrazione dal Sommo Pontefice di un privilegio importa rinuncia alla prescrizione con cui si era acquistato il diritto oggetto del privilegio.

(5) Sent. 24 marzo 1858, Bett., X, 2, 256.

(6) Sent. 17 aprile 1871, *Racc.*, XXIII, 1, 262.

(7) C. C. Roma, 3 aprile 1880, *Legge*, 1881, 2, 239; C. C. Torino, 3 dicembre 1887, *G. T.*, 1888, 47.

il Troplong (1) introduce un'eccezione pel caso in cui il giudice ritenga esistente una rinuncia della quale la specie decisa non offre gli estremi legali. Il giudicato dovrebbe annullarsi per aver violato l'art. 2111 Cod. civ.

La proposizione del Troplong venne acremente combattuta dal Marcadé (2). Il Codice, egli osserva, non ha tracciato al Giudice alcuna via, nè ha definito gli elementi giuridici del suo apprezzamento, il quale potrà costituire un giudizio contrario alla logica ed al buon senso, ma non una violazione della legge denunciabile in Cassazione (3). La critica del Marcadé, in sè giusta, ha passato il segno, ed attribuito al Troplong un'opinione ben diversa da quella che egli aveva manifestato. Rettamente intesa, l'idea del Troplong nulla presenta d'irragionevole. Di vero alla legale esistenza della rinunzia presunta occorrono questi estremi: 1° fatto della parte che si pretende abbia rinunziato; 2° incompatibilità del fatto colla volontà di profittare dell'usucapione. La sentenza, che ritenga una rinunzia senza aver prima giustificato il concorso di questi estremi, viola l'art. 2111 e deve essere annullata (4).

72. — La rinuncia non può aver luogo che in favore dell'antico proprietario. Invero il possessore abbandona il diritto, che aveva acquistato mercè l'usucapione; e come questa aveva cagionato un danno al solo antico *dominus*, così in favore di lui solo può emettersi la rinuncia agli effetti di essa. D'altronde la necessità del rapporto tra la rinunzia e l'antico *dominus* è una logica conseguenza della regola sancita dal *Jus* Civile (5) per cui quella si considera come un atto ricognitivo del diritto a questo spettante.

Questo principio venne dimenticato dalla Corte di Bordeaux nel suo giudicato 12 gennaio 1828, che fu oggetto di vivaci dispute

---

(1) *Prescr.*, n. 56.

(2) All'art. 2222, n. V.

(3) Le Roux de Bretagne (op. cit., vol. I, n. 67) accede all'opinione sostenuta dal Marcadé, e pensa che la Cassazione abbia la potestà di annullare il giudicato nel solo caso, in cui abbia violato un preciso disposto di legge, come se avesse attribuito qualità di rinuncia alla circostanza di non aver opposta la usucapione *rebus integris* e prima di ogni difesa in merito.

(4) La C. C. Torino, che in sentenza 24 marzo 1858 (Bett., X, 2, 256) aveva affermato essere un giudizio di fatto quello che decide se una deliberazione di un Consiglio Comunale contenga una rinuncia alla compiutasi prescrizione, nella sua posteriore sentenza 1° luglio 1880, *G. T.*, 1881, 90, parve accedere all'opinione del Troplong, in quanto che giudicò essere un errore denunciabile in Cassazione l'attribuire erroneamente ad un fatto la conseguenza giuridica di rinuncia.

(5) Vedi sotto, n. 76.

tra i Giuristi francesi. Essa ravvisò una rinuncia nel fatto di colui, che dopo di avere usucapito il fondo lo lasciò pacificamente possedere per alcuni anni da un terzo. Troplong (1) censurò acremente il giudicato, a lui parendo che fosse stato troppo corrivo ad ammettere una rinuncia, benchè la fattispecie non ne presentasse chiaramente tutti gli estremi. La censura è giusta, non la ragione sulla quale si appoggia. La Corte di Bordeaux sarà stata troppo facile a congetturare una rinunzia; ma questo sarebbe un fallace apprezzamento del fatto, e nulla più. Il vizio più grave della sentenza si è di avere ritenuto una rinunzia, dove rinunzia non poteva aver luogo. Chi ha usucapito, acquistò il pieno dominio della cosa posseduta. Liberissimo, poichè il Codice glie ne concede ampia facoltà, di rinunciare al suo diritto in favore dell'antico proprietario, e di far considerare come non avvenuta l'usucapione. Ma nei suoi rapporti con qualunque altra persona, l'usucapiente è nella medesima condizione di un legittimo proprietario, che abbia acquistato la cosa per modo derivativo, e, come questi, non potrebbe esserne spogliato se non mediante un possesso durato tutto il tempo definito dalla legge. Altrimenti si confondono due nozioni giuridiche, che troppo differiscono fra di loro, l'abbandono della propria cosa, sì che diventi *nullius* e ceda al primo occupante, e la rinunzia alla usucapione compiuta, in virtù della quale il proprietario antico si considera non aver perduto il suo diritto.

Da questi principii ovvii e razionali discende che o la cosa è abbandonata, quando viene occupata dal terzo, ed in tal caso questi ne acquista la proprietà immediatamente, senza bisogno di possederla per un tempo più o meno lungo; o non è abbandonata, ed egli non potrà farla sua, se non possedendola per tutto il tempo dalla legge definito. La Corte di Bordeaux giunse senza avvedersene a creare un' usucapione più breve di quelle sancite dalla legge, anzi, ad essere più esatti, un modo di acquisto all'infuori di quelli stabiliti dal Codice. Invano Marcadé si studia di difenderne la sentenza, sostenendo che la Corte dedusse da certi fatti una rinunzia tacita, e che avrà forse mal giudicato, ma non violato alcun principio di legge. La difesa è vana. La Corte non solo mal giudicò, ma violò eziandio il principio di diritto, che non ammette rinunzie se non in favore dell'antico proprietario.

Nella stessa confusione di idee incorse il Tribunale di Genova nella sua sentenza 1° settembre 1871 (2), colla quale giudicò che il possesso annale tenuto da un terzo contro colui, che era dive-

(1) *Prescr.*, n. 56.
(2) *Legge*, XI, 1, 1031.

nuto proprietario in forza dell' usucapione, non induce rinunzia, se altre circostanze assai gravi non concorrano a fornirne la prova. No, qualsiasi altra circostanza per quanto grave non poteva far congetturare una rinuncia che nella specie non poteva trovare sede acconcia.

72 *bis*. — La rinuncia può essere fatta sotto condizione, poichè nessun disposto di legge ciò vieta. Laonde se la condizione non è accettata, neppure la rinuncia ha luogo, come giudicò la C. C. Roma, 26 gennaio 1884, *Legge*, 1884, 1, 726.

73. — Il Troplong tratta distesamente delle proteste e delle riserve, con cui la parte tenti premunirsi contro il possibile evento, che in un suo atto od in una sua dichiarazione si ravvisino gli elementi di una rinunzia. Norme precise al riguardo non possono darsi. La dichiarazione o l'atto della parte dovrà valutarsi unitamente alle proteste ed alle riserve che l'accompagnano: e spetterà al Giudice di apprezzarne in ogni singolo caso secondo le circostanze il valore e l'influenza. È ancora ricevuta la regola tramandataci dagli antichi Pratici, che la riserva contraria al fatto non ha valore alcuno: *Protestatio contra factum nihil relevat*, ed è implicitamente supposta dallo stesso art. 2111, il quale dispone esservi rinuncia tacita ogni qual volta tra il fatto e l'intenzione di valersi dell' usucapione siavi incompatibilità. Potrebbe forse l' incompatibilità essere eliminata dalla protesta della parte che, non ostante quel dato fatto, essa non vuole abbandonare il diritto quesito? La qual considerazione offre un valido argomento all'idea da me propugnata che la rinuncia presunta non è sempre volontaria, essendo essa non di rado la conseguenza necessaria, sebbene non voluta, di un atto.

74. — La rinuncia all'usucapione è un atto unilaterale, che per produrre il suo effetto non abbisogna dell'accettazione dell' antico proprietario. Non costituisce una convenzione e neppure un fatto giuridico, la prova dei quali sia coartata entro gli angusti limiti dell'art. 1341 del Cod. civ. Al contrario è un fatto semplice, che si può dimostrare con tutti i mezzi di prova non escluse le testimonianze e le presunzioni.

75. — Si domanda se la rinunzia operi un trasferimento del diritto da colui che l'ha usucapito all' antico proprietario, in cui favore si effettua. La maggior parte degli Scrittori ad essa attribuisce la qualità di un atto puramente ricognitivo del diritto

altrui (1). Recentemente è sorto il Laurent a combattere la comune dottrina, ed a dimostrare colla consueta sagacia che la rinuncia importa una traslazione di diritti. L'importanza della questione è praticamente diminuita da due disposti della Legge Civile: quello per cui non può rinunziare all'usucapione chi non ha la capacità di alienare; e quello, che concede ai creditori ed agli interessati di opporre l'usucapione, non ostante la rinuncia del debitore o *proprietario.*

Vediamo brevemente quali sono le ragioni che si allegano a conforto della comune dottrina.

Il principale è quello desunto dall'art. 2109 Cod. civ., che vieta al Giudice di supplire d'ufficio all'usucapione. Quale il senso e quale il valore dell'art. 2109, ampiamente discussi nel precedente capo, ove mostrai non essere vero che quel divieto riduca l'usucapione ad una semplice eccezione, e misi in evidenza che il legislatore ebbe il solo intento di sanzionare il principio già certo in dottrina, che l'usucapione è una *res facti* da dedursi e provarsi in giudizio da chi vi ha interesse. L'art. 2109 non presta dunque appoggio alcuno alla teorica, che insegna l'usucapione non operare *ipso jure,* e la rinuncia essere l'abbandono di un'eccezione che la parte poteva, ma non volle opporre.

Se non che questa teorica, oltre d'essere assisa sopra un'erronea intelligenza dell'art. 2109, si appalesa falsa in più incontri. Ed in primo luogo quando la dismissione del fondo si compie con un atto stragiudiziale. E poichè fuori del giudizio rivendicatorio non havvi modo di opporre la usucapione sotto forma di eccezione, è giuocoforza scegliere una di queste due vie: o negare che fuori del giudizio si possa rinunziare alla usucapione; oppure riconoscere che in questo caso la rinuncia ha un carattere diverso ed effetti diversi. Ma la prima definizione restringe arbitrariamente il disposto dell'art. 2107, ed urta contro una massima pacifica in dottrina e in giurisprudenza. La seconda poi crea distinzioni, che non sono giustificate da alcun principio di ragione o da alcun testo di legge. Eccetto che si sostenga, come acutamente osserva il Laurent (2), che il possessore non diventa proprietario, fino a che il suo predecessore, destandosi dalla lunga inerzia, sorga a rivendicare il suo fondo, e gli dia agio di opporre la già compiutasi usucapione, e si giunga così ad una conseguenza, che il patrio Diritto col disporre, che il legittimo possesso durato pel tempo statuito fa acquistare la proprietà, respinge come assurda.

---

(1) Troplong, *Prescr.,* n. 75. Duranton, n. 126. Marcadé all'art. 2222. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 82. Ricci, V, n. 153.

(2) XXXII, n. 198.

Falsa si appalesa eziandio quando il possessore è attore o non convenuto. Se la compiuta usucapione è il fondamento della sua *petitio*, e viene necessariamente dedotta in giudizio fin dall'atto introduttivo, come potrà sostenersi che vi sia opposta sotto forma di eccezione? E se posteriormente egli rinunzia agli effetti della usucapione, ciò che nessun disposto di legge gli vieta, chi sosterrà che la rinunzia sia l'abbandono di un'eccezione?

Qui occorre far cenno della singolare argomentazione del Marcadé. Egli con poche parole risolve l'arduo quesito. La rinuncia non crea un nuovo titolo, perchè " quando colui che ha posseduto per trent'anni (e puossi aggiungere, per dieci, se ebbe titolo e buona fede) il mio fondo, rinuncia a valersi dell'usucapione, il mio diritto, che era sul punto di cessare, rimane intatto e continua ad essere quel che era prima ". Questo è un giuoco di parole. Il mio diritto non era sul punto di cessare, era già cessato, poichè la perdita del diritto è la conseguenza necessaria dell'acquisto fattone dal possessore. Due persone non possono avere il dominio in solido della stessa cosa.

Il Ricci ha sostenuta la *communis opinio* con nuovi ed ingegnosi argomenti, che giova esaminare. Egli pone, come base del suo ragionamento, che a perfezionare l'acquisto del diritto non basta il solo possesso continuato pel tempo definito, ma vuolsi eziandio che si manifesti la volontà di trarne profitto. " Or bene se il convenuto coll'azione vindicatoria non oppone all'attore l'eccezione derivante dalla prescrizione, ciò vuol dire che egli non ha la volontà di acquistare il diritto che la legge gli riconoscerebbe, ove egli il volesse; e mancando tale volontà, non solo non ha potuto aver luogo l'acquisto del diritto, come effetto del lungo tempo trascorso, ma neppure si è verificata perdita del diritto stesso da parte di colui, che non lo ha esercitato ". Ed altrove ritorna sullo stesso concetto e vi insiste: " quando si rinuncia alla prescrizione, altro non si fa, se non manifestare la volontà di non servirsi della prescrizione stessa, e tale manifestazione di volontà basta ad impedire alla prescrizione di produrre il suo effetto; onde il diritto, obbietto della prescrizione, essendo sempre rimasto in colui, che durante il tempo stabilito dalla legge per prescrivere non l'ha esercitato, non vi è luogo ad alcun trasferimento, come conseguenza della rinuncia alla compiuta prescrizione ". Piacquemi di riportare integralmente le parole del Ricci, acciocchè più chiara risulti l'intelligenza del suo concetto.

Le ragioni da lui addotte portano la questione in un campo più giuridico e più elevato, ed è impossibile non riconoscerne il pregio e l'efficacia. Tuttavia io stimo che non siano sufficienti a

sorreggere la tesi. Il primo e precipuo difetto dell'argomentazione consiste in ciò che essa riguarda e spiega un sol lato del quesito: la posizione cioè di convenuto nel possessore; mentre la condizione di questo come attore non vi è considerata. Invero pretendere dall'usucapiente, che rivendica come suo il fondo, una formale manifestazione della volontà di acquistare, che si rivela nel fatto e nel modo più energico, sarebbe assurdo. E per converso sarebbe una illecita limitazione del testo di legge il supporgli vietata in questo caso la rinunzia. Eppure, avendo egli già manifestata la sua volontà, questa è a rigor di logica la conseguenza delle premesse stabilite dal Ricci. La condizione dell'usucapiente attore in giudizio e ciò non ostante capace ancora fino a sentenza definitiva di rinunziare all'usucapione, basta di per sè sola a chiarire erronea la sua teorica.

Ma altre inesattezze ed altri vizi ci rivela la sua intrinseca natura. Perchè un acquisto si compia, è senza dubbio necessario che l'acquirente abbia intenzione di acquistare. La proposizione, che il Ricci ha scelto come punto di partenza, è adunque una verità inconcussa. Ma nel cammino dalla premessa alla conclusione parmi che abbia dimenticato molte circostanze importantissime. Dimenticò che l'usucapione ha un elemento positivo, che è il possesso corredato dall'*animus sibi habendi*. Non può acquistare mediante il possesso se non colui che ebbe la chiara e decisa volontà di padroneggiare la cosa o di esercitare il diritto. Ora, se un volere siffatto accompagnò il possesso durante il lungo volgere degli anni necessarii ad usucapire, allo scoccar del termine l'acquisto è perfetto, ed ogni ulteriore manifestazione, oltre a non essere richiesta dalla legge, è una vana formalità. La desistenza della volontà era possibile durante il corso dell'usucapione, perchè, sopprimendo uno degli elementi essenziali del possesso, ne impediva ogni posteriore effetto. Ma quando l'animo di tener la cosa per sè perdurò costante fino all'ultimo momento, il possessore, che ha acquistato il diritto, potrà abbandonarlo, se ciò gli talenta, ma non potrà attuare una rinunzia in prò di una determinata persona, sia pure il vecchio proprietario, che non ne cagioni un trasferimento. Havvi poi un tal caso, in cui la volontà di acquistare, oltre che dal possesso *animo domini,* è rivelata in guisa indubbia da altre circostanze. Il caso si avvera in tutti coloro che acquistarono in buona fede a *non domino* e pei quali è stabilita la usucapione decennale.

E non è finalmente da pretermettersi un'ultima conseguenza, che la teorica del Ricci produrrebbe, quella d'impedire l'acquisto mediante usucapione all'interdetto ed al pupillo che si suppongono privi di discernimento e di volontà, ed incapaci quindi di quella

manifestazione, che perfeziona l'acquisto. La qual conseguenza, contraria a tutta la tradizione giuridica, non è, per quanto a me consta, accettata dallo stesso Ricci.

Inefficaci sono adunque tutte le ragioni, per quanto sottili che si adducono per dimostrare che la rinunzia *nella sua giuridica sostanza* non determina un vero trasferimento di diritti. La teorica, quanto contraria ai principii, altrettanto ripugna al sistema sancito dal Codice.

Di vero non sono pochi nè poco espliciti i testi, che recisamente riconoscono nell'usucapione un legittimo titolo d'acquisto. L'art. 710 Codice civile nell'ultimo suo comma pone come regola generale che la proprietà e gli altri diritti sulle cose si possono acquistare per prescrizione. L'art. 629 detta che le servitù continue ed apparenti si stabiliscono colla prescrizione acquisitiva trentennaria; il 2105 proclama che la prescrizione è un mezzo con cui taluno acquista un diritto; e il 2137 consacra la prescrizione decennale come mezzo di acquisto per chi ha titolo e buona fede. Che più? l'art. 2112, che concerne il diritto degli interessati d'impugnar la rinunzia, appella *proprietario* il possessore che ha usucapito; chiaramente mostrando che agli occhi della legge chi ha posseduto pel tempo richiesto, ha acquistato la proprietà della cosa.

76. — La ragion logica e giuridica c'impone di ritenere come una vera alienazione la rinunzia al diritto usucatto. Pure è mestieri riconoscere che non solo la tradizione, ma anche lo stesso Codice la considerano come un atto ricognitivo ed abdicativo.

Tale intendimento risulta anzitutto dall'art. 2107, che ammette la rinuncia all'usucapione compiuta. Questo disposto non volle semplicemente significare che si poteva abbandonare il diritto acquisito; poichè, ridotto a questo materiale significato, sarebbe del tutto inutile, essendo noto e non contraddetto che ognuno può rinunziare *juri pro se introducto*. Ben altro è l'intento. L'art. 2107 consta di due parti distinte e l'una all'altra contrapposte. La prima vieta la rinuncia anticipata alla prescrizione, la seconda l'autorizza, quand'essa è compiuta. L'antitesi fra le due parti persuade che è l'abbandono *della stessa prescrizione* che tanto l'una quanto l'altra ebbero di mira. Secondo la lettera e la ragione dell'articolo 2107, neanche quando la prescrizione è giunta al suo termine, non si cede il diritto, che ne formò l'oggetto, il che includerebbe necessariamente un'alienazione, ma si cancellano gli effetti dell'usucapione. È, per così dire, una virtù della volontà individuale, che agisce sul tempo già trascorso, e toglie al possesso la forza, onde era fornito, di generare il diritto. Questa virtù non è conforme

alla realtà delle cose, nè risponde alla ragion logica, perchè potere d'uomo non può cancellare quanto già avvenne. *Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt* (1). È una finzione creata dalla Legge civile non per motivi attinti al giure, ma *utilitatis causa*. Il disposto dell'art. 2107 appartiene al *jus singulare*, che deroga ai postulati di ragion comune; pel che torna inutile il ricercare i motivi prettamente giuridici che l'abbiano determinato e lo giustifichino.

La sua giustificazione sta nelle ragioni di pubblico vantaggio, che imposero silenzio allo *strictum jus*. Il bisogno di rassodare i dominii, che è praticamente il più importante, ingiungeva di considerare come atto ricognitivo la rinuncia. A quali e quante ricerche avrebbe dato luogo un disposto di legge che l'avesse ritenuta traslativa e soggetta quindi alla trascrizione? E poichè tale sarebbe stata anche quella tacita e presunta, il proprietario antico avrebbe dovuto far trascrivere anche questa; anzi avrebbe dovuto adempiere un tal obbligo persin nel caso che il possessore non avesse opposto l'usucapione. Le difficoltà, i pericoli, che il sistema strettamente giuridico avrebbe prodotto, sono evidenti. Per eliminarli la legge diede la prevalenza alla funzione processuale, per cui la usucapione compiuta è un argomento di prova, sull'altra di diritto civile.

Il disposto in esame, come quello che è di *jus singulare*, devesi interpretare ristrettivamente, nè può estendersi per analogia (2). La finzione deve limitarsi al caso stabilito dall'art. 2107 della rinuncia pura e semplice. Quando al contrario la parte, in cui favore deve essere compiuta, prometta un corrispettivo a compenso del diritto, che l'usucapiente sta per cederle, non si avrà più un atto ricognitivo, ma un trasferimento di diritti reali, che vorrà l'atto scritto e la trascrizione (3).

76 *bis*. — La rinunzia, non producendo per finzion di legge un

---

(1) Fr. 14, D. *de legibus*, 1, 3.

(2) Fr. 14, D. *de leg.*, 1, 3.

(3) Il modo d'interpretare l'art. 2107, che io ho proposto, elimina le contraddizioni che il Laurent aveva veduto tra l'art. 2220 e il 2221 del Cod. franc. Quello ammette la rinunzia, questo invece parla di diritto acquisito. Vuolsi rilevare che la nozione della rinunzia tacita era stata scorrettamente definita da quel Codice. Il patrio legislatore ha migliorato la definizione, evitando le incoerenze e la confusione di concetti giuridici, attenendosi all'idea chiara e precisa dell'incompatibilità del fatto colla volontà di opporre la usucapione. Ma parmi che le suesposte considerazioni, che partono dai principî di ragione, convengano anche al sistema del Codice francese.

trasferimento di diritti, può compiersi anche in prò di tale che sarebbe incapace di ricevere per donazione (1).

Inutile il dire che non ha bisogno di essere trascritta (2). Il chiarissimo Luzzati eccettua il caso in cui l'usucapione fosse già stata riconosciuta in giudizio con sentenza passata in giudicato. L'eccezione sta, ma è solo apparente. Perchè la sentenza riconosca l'usucapione, occorre che sia stata opposta dalla parte; e se fu opposta, non è più il caso di parlare di rinuncia.

77. — L'articolo 2108 del Cod. civ. detta che: chi non può alienare non può rinunziare alla prescrizione. L'articolo 2108 dà non lieve impaccio a quegli autori che sostengono che la rinuncia è di propria natura un atto ricognitivo. Troplong (3) si studia di uscirne col dire, che, quantunque l'usucapione non operi di pien diritto e la rinunzia non faccia che consolidare il titolo antico, tuttavia havvi l'abbandono di un emolumento certo. Marcadé (4) dice che la rinuncia se non è una vera alienazione, ne è però lo equivalente. Il Ricci (5) giustifica questo disposto, giovandosi dell'esempio della rinuncia alla successione, la quale, benchè non importi un'alienazione, pure richiede la capacità di alienare. Vani conati. Facile è rispondere al Troplong ed al Marcadé che, se la usucapione non opera di pien diritto e non produce il suo effetto se non quando viene opposta, la rinuncia non genera la perdita di un emolumento certo, e non può essere un *quid simile* di un'alienazione; al Ricci che male si giustifica un disposto eccezionale con un altro del pari eccezionale.

Nella dottrina da me propugnata l'art. 2107, che dà carattere puramente ricognitivo alla rinunzia, è un disposto eccezionale, che crea una finzione, e l'articolo 2108, che esige per la validità della rinunzia la capacità di alienare, ritorna al diritto comune, ed è consono alla *ratio juris*. Chi rinunzia al diritto acquisito, in realtà compie un'alienazione. Nell'interpretazione dell'art. 2108 dovremo quindi attenerci all'interpretazione estensiva, che è la norma di ermeneutica per tutti i disposti di Gius comune (6).

---

(1) *Idem.*, Le Roux de Bretagne, Op. cit., vol. I, n. 74.

(2) Luzzati, *Trascrizione*, 1, § 258.

(3) *Prescr.*, n. 78. *Idem.* Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 86.

(4) All'art. 2222.

(5) Vol. V, n. 153.

(6) La massima professata nel testo è stata censurata dai Professori Fadda e Bensa, Note al *Windscheid*, 1, pag. 1118. Io osservo, che è verissimo altro essere ricognizione ed altro alienazione; ma qui si tratta di rinunzia fatta da

78. — Vediamo ora quali sono le persone che non possono liberamente alienare. Esse sono: i minori e gli interdetti in modo assoluto; i minori emancipati, i maggiori inabilitati, le femmine maritate ed i Corpi morali in modo relativo.

Riguardo ai minori ed agli interdetti ci si presenta una questione. Essi non possono rinunziare, perchè non hanno alcuna potestà di agire; e neppure i loro tutori, le cui attribuzioni sono determinate dalla legge. Ma potranno i tutori rinunziare, quando siansi fatti a tal uopo autorizzare nei modi di legge? La *communis opinio* (1) risponde recisamente di no, come vogliono legge, ragione e buon senso. Il Consiglio di famiglia può autorizzare l'alienazione dei beni, quando sia richiesta dall'evidente interesse del minore o dell'interdetto, ma non un atto di donazione od almeno di liberalità, *nullo jure cogente*, come è la rinunzia senza corrispettivo ad un'usucapione compiuta (2). Contro l'universale dottrina è insorta una voce, quella del Marcadé, il quale pretende che il Consiglio di famiglia possa in taluni casi autorizzare la rinunzia. Ed all'obbiezione che la rinunzia sarebbe in ogni caso un atto di liberalità, risponde distinguendo: o il diritto, che formò l'oggetto dell'usucapione, apparisce ben fondato ed allora si potrà parlare di alienazione a titolo gratuito, ma in tal caso nessun Consiglio di famiglia, nessun Tribunale accorderà le necessarie autorizzazioni; oppure il diritto si presenta come destituito di fondamento, come l'effetto di *une criante iniquité*, ed allora la rinunzia sarà un atto di giustizia, non una donazione. Se non si può imporre all'incapace un atto di abnegazione e di delicatezza, ben si può e si deve risparmiargli una disonestà.

Ho riferito i sofismi (poichè ragioni non possono chiamarsi) con cui il Marcadé tenta di sostenere una tesi insostenibile (3). Tali sofismi minacciano fin dalle radici tutto il sistema della usucapione; ma per buona ventura non hanno neppur bisogno di essere confutati. I Consigli di famiglia ed i Tribunali in materia di onoraria giurisdizione non hanno che i poteri loro dalla legge assegnati,

---

chi aveva già acquistato il diritto a beneficio di chi ne era l'antico titolare. Questi termini di fatto esauriscono gli estremi tutti della traslazione restitutiva, siccome è ammesso dagli stessi autori, Note al *Windscheid*, 1, pag. 854. E se la rinunzia alla prescrizione acquisitiva è sostanzialmente una traslazione di diritti, a giusta ragione nel disposto dell'art. 2108 si ravvisa una regola di *jus commune*.

(1) Laurent, n. 201; Troplong, *Prescr.*, n. 80; Ricci, V, n. 154; Le Roux de Bretagne, vol. I, n. 39.

(2) Vedi art. 296 Cod. civ.

(3) Vedi tuttavia in senso confor. Baudry-Lacantinerie e Tissier, Op. cit. 87.

fra i quali invano si cerca quello di autorizzare le rinunzie ai diritti acquisiti. Alle cavillazioni del Marcadé opporrò le assennate parole del Le Roux de Bretagne (1): " C'est là une question, que celui qui est maître de ses droits peut seul résoudre d'après les inspirations de sa conscience; le tuteur, le conseil de famille, la justice ne pourraient la décider sans sortir de leurs attributions ". E prima di lui, trattando dell'analogo quesito, se il tutore dovesse dare la dote alla sorella unilaterale del pupillo, Paolo rispose di no per la stessa ragione: *nam etsi honeste, ex liberalitate tamen, quae servanda arbitrio pupilli est* (2).

Il solo caso in cui il Consiglio di famiglia ed il Tribunale possono, anzi debbono autorizzare la rinuncia all'usucapione è quello, in cui sia richiesta da giuste ed utili cause. In questa contingenza non è più una rinuncia gratuita e senz'altro scopo, che quello di obbedire ad uno scrupolo di coscienza, è un atto di alienazione giustificato dalle circostanze, è un atto di buona e savia amministrazione. Ed è questo l'avviso del Borsari (3): " Io non vorrei negarlo in modo assoluto, riserbandomi l'esempio di una transazione, quando trovandosi dubbio il possesso o il tempo, e disputato l'acquisto si crede meglio rinunciare a un tale acquisto, stipulando a favore degli incapaci altri e più solidi vantaggi ".

Le stesse considerazioni convengono eziandio al padre legale amministratore dei figli minori di età, che egli rappresenta in tutti gli atti della vita civile. A lui pure è proibita ogni alienazione che non sia per causa di evidente utilità o necessità (art. 224, al. 1° Cod. civ.).

79. — Il minore emancipato non può da solo rinunziare alla usucapione, essendogli vietato dalla legge ogni atto eccedente la semplice amministrazione (art. 317 Cod. civ.), ma colle necessarie assistenze ed autorizzazioni può validamente rinunziare. Nè quanto dico ora deve parer contrario a quanto sopra ragionai dei minori sottoposti a tutela.

Le condizioni delle due categorie di persone sono assai diverse; diverse necessariamente anche le conseguenze. Il pupillo e l'interdetto sono dalla legge reputati privi d'intelletto e di capacità; non hanno potestà di agire, ed in loro vece e nome agiscono i loro tutori. Il minore emancipato al contrario è capace; ma la sua capa-

---

(1) Vol. I, n. 39.

(2) Fr. 12, § 3, D. *de adm. et per. tut.*, 26, 7. Vedi anche Fr. 22 e 46, § 7, *eod. T.* e Fr. 17, *de curat. fur.*, 27, 10.

(3) *Comm. Cod. civ.*, n. 4381.

cità è ristretta entro certi limiti; è per così dire sminuita, ed ha bisogno di essere integrata per compiere validamente certi atti della vita civile. Consenso del Curatore, autorizzazione del Consiglio di famiglia, omologazione del Tribunale, secondo i casi e i precetti di legge ne costituiscono appunto l'integrazione. Ma chi vuole ed agisce è pur sempre l'emancipato, del che è chiarissima prova il disposto degli articoli 317, 318, 319 del Cod. civ.

Adunque nella rinuncia del minore emancipato si ravvisa un atto della persona stessa interessata, la quale vuole abbandonare un diritto, usando del libero suo arbitrio. Quando la sua capacità non completamente efficace viene perfezionata colle autorizzazioni prescritte dalla legge, essa deve conseguire il suo scopo. Ragioni prepotenti di moralità o di convenienza possono talvolta consigliare una rinuncia; e nel caso Curatore, Consiglio di famiglia, Tribunale, aderendo al desiderio del minore, e dandogli modo di condurlo ad effetto, autorizzano un atto lodevole e non offendono menomamente l'ufficio tutelare loro affidato. Certo tali contingenze saranno rarissime, e le autorità tutorie dovranno procedere con grande cautela e con molta ritrosia nell'accordare tali autorizzazioni, memori che il loro primo e precipuo dovere è quello di vegliare agli interessi del minore, ad accrescerne le sostanze piuttosto che a diminuirle.

Nè dicasi che questo mio ragionamento tende a scalzare le basi dell'usucapione, e che mi merito il rimprovero, che poco sopra ho rivolto al Marcadé. L'usucapione, in quanto provvede al benessere universale, è un istituto di ordine pubblico; in quanto conferisce un diritto ad una determinata persona, è un bene di natura patrimoniale dipendente dall'arbitrio dell'individuo. E se al maggiore si concéde di poter liberamente rinunziare all'usucapione, perchè vorrassi rifiutare un'uguale potestà al minore emancipato, di cui è uguale la capacità, ove sia integrata dalle volute autorizzazioni? Non dicasi neppure che l'art. 2108 del Cod. civ. esige una capacità piena. Il minore emancipato, se per sè non ha, debitamente autorizzato ha invece una piena capacità.

Resta solo di vedere quali autorizzazioni occorrano perchè la rinuncia dell'emancipato sia valida. Occorrono senza dubbio il consenso del Curatore e l'autorizzazione del Consiglio di famiglia, a tenore del chiarissimo disposto degli art. 318 e 319 Cod. civ. Nel sistema da me propugnato, secondo cui la rinunzia nella sua sostanza costituisce un'alienazione, è necessaria anche l'omologazione del Tribunale (art. 319, comma 2° e 301 Cod. civ.).

Il minore commerciante può da sè rinunziare all'usucapione poichè a termini dell'art. 11 Cod. comm. può liberamente alienare i suoi immobili.

Quanto ho detto dell'emancipato, conviene *a fortiori* al maggiore inabilitato, perchè il solo freno, che la legge impone alla sua capacità, si è quello di essere assistito da un Curatore per ogni atto che ecceda la semplice amministrazione (art. 339). Ad abbracciare una siffatta opinione mi conforta una sentenza della C. C. Torino (1), la quale giudicava che l'inabilitato, se non ha facoltà di donare *ex se*, coll'assistenza del Curatore può validamente donare.

80. — Incapace relativamente ad alcuni atti è la donna maritata. Il nostro Codice, pur mantenendo la tanta contrastata necessità dell'autorizzazione maritale per gli atti più importanti, ha non di meno rialzato la dignità e la condizione giuridica della donna. L'esigenza dell'autorizzazione non trova più la sua causa in una pretesa imbecillità del sesso femmineo (2), donde naturalmente deriverebbe una minor capacità, ma nel vantaggio di una direzione unica nelle più gravi bisogne economiche della famiglia, affidata al marito, che ne è il capo e si presume più esperto negli affari.

Si domanda se l'autorizzazione maritale occorra alla moglie per poter validamente rinunziare all'usucapione. La risposta è data dall'art. 134 Cod. civ. il quale *disertis verbis* le vieta di alienare da sola i suoi beni immobili. La dottrina da me propugnata circa la natura della rinuncia mi conduce a negare alla donna la potestà di rinunziare senza l'autorizzazione del marito. È una conseguenza che non mi ripugna, perchè non vedo diversità alcuna tra il caso in cui la donna alieni un immobile da lei comprato, e quello in cui rinunzi all'immobile usucapito. Nell'uno e nell'altro caso l'immobile esce dal patrimonio della moglie per non più tornarvi. Non vi ha dunque ragione plausibile per concederle nel secondo caso una potestà, che le si nega nel primo.

Questa la mia opinione. Al contrario la *communis opinio* non

---

(1) Sent. 23 marzo 1885, *G. T.*, 1885, 361.

(2) Un'imbecillità siffatta era riconosciuta e proclamata dalla Romana Giurisprudenza e formava anzi la ragione del divieto delle intercessioni delle femmine sancito dal S. C. Vellejano: " Verba itaque Senatusconsulti excutiamus, prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus, propter *sexus imbecillitatem*, multis hujusmodi casibus suppositis atque objectis ". Così Ulpiano nel Fr. 2, § 2, *ad S. C. Vellej.*, 16, 1. Ed il buon Gothofredus, il quale nelle note al Fr. 1, § 10, D. *si quad. paup. fec.* aveva già insegnato: " Qualitas naturalis in bestiis feritas, ut hic: in homine dissentire " 1. 17, § 6, D. *de receptis qui arbit.; in foemina imbecillitas*, 1, 2, § 2, D. *ad S. C. Vellej.;* nelle note a questo Fr. non lascia sfuggire l'occasione d'insistere nello stesso concetto: " Qualitas haec, imbecillitas inquam, in foeminis naturalis est ".

esige l'autorizzazione (1). Invero se la rinuncia è un atto puramente ricognitivo, l'autorizzazione non è richiesta dall'art. 134 Cod. civ. Il Ricci, sebbene opini, come sopra si è veduto, che la rinuncia è ricognitiva, reputa tuttavia necessaria l'autorizzazione maritale, perchè in sostanza la moglie non acquista un immobile che potrebbe acquistare. L'egregio scrittore ha dimenticato che altro è alienare ed altro non acquistare: " Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit, aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur ", diceva Paolo (2); e che l'art. 134 Cod. civ. come quello, che sancisce un disposto di *jus singulare*, deve essere interpretato ristrettivamente. L'opinione del Ricci pecca d'incoerenza. La logica vuole che, posto per principio che la rinunzia è un atto ricognitivo, si vada alla conseguenza che l'autorizzazione del marito non è necessaria: altra conseguenza non è ammissibile.

81. — Si domanda se i corpi morali possano rinunziare alla usucapione perfetta. È risaputo che essi non possono alienare se non a titolo oneroso e colle formalità prescritte dalla legge. Penso quindi col Laurent (3) che i corpi morali non potrebbero emettere una rinuncia valida neppure se autorizzati nelle debite forme. Un atto di questo genere, esorbitante dai confini entro cui è circoscritta la fittizia loro capacità, sarebbe radicalmente nullo.

81bis. — Gli amministratori convenzionali, anche se muniti di una procura generale, non possono rinunciare all'usucapione (4). Ed in conformità la C. C. di Torino giudicava inefficace la rinuncia compiuta dal solo procuratore alle liti senza un mandato speciale *ad hoc* (5).

82. — La rinuncia ha effetto soltanto nei rapporti fra colui, dal quale emana, e colui in cui vantaggio si compie.

La massima è un logico corollario dei principii, che regolano

---

(1) Vedi C. C. Firenze, 31 marzo 1885, *Legge*, 1885, 1, 763.

(2) Un'elegante applicazione di questa differenza tra l'alienare ed il non acquistare ci è pôrta dall'interpretazione dell'Editto fraudatorio. ULPIANO nel Fr. 6, pr. D. *quae in fraudem cred.*, 42, 8, ce ne fa edotti: " Quod autem cum possit aliquid quaerere, non id agit ut adquirat, ad (hoc) Edictum non pertinet; pertinet enim Edictum ad deminuentes patrimonium, non ad eos qui id agunt, ne locupletentur ".

(3) XXXII, n. 203.

(4) C. C. Firenze, 6 febbraio 1891, *G. T.*, 1891, 280. LAURENT, XXXII, n. 203.

(5) Sent. 30 giugno 1871, *G. T.*, VIII, 545.

l'efficacia degli atti giuridici. Essa ha più frequenti ed importanti applicazioni nella prescrizione estintiva pei rapporti complicati a cui dànno origine le obbligazioni solidarie ed indivisibili. Nell'usucapione è meno feconda di conseguenze; pure trova applicazione nel caso di più possessori *pro indiviso* dello stesso fondo, o di più eredi dello stesso possessore durante la comunione incidente, dei quali uno solo abbia rinunciato. Al solo rinunciante, non ai suoi compossessori nuocerà la rinuncia. La contraria ipotesi, con identità di conseguenze, si verifica quando l'usucapione abbia avuto per oggetto un fondo appartenente *pro indiviso* a più proprietarii, e solo in favore di alcuni fra questi abbia avuto luogo la rinuncia. La massima non è applicabile, quando il diritto, oggetto della usucapione, è indivisibile, poichè in questo caso la rinuncia emessa da uno solo dei compossessori non ha alcun effetto, ed al contrario la rinuncia a favore di uno solo degli antichi titolari si estende anche agli altri per la perdita del diritto usucapito, che ne deriva.

83. — La legge civile, dopo aver accordato all'usucapiente libera facoltà di rinunciare agli effetti della compiuta usucapione, ha pensato a guarentire le ragioni dei suoi creditori e di ogni altra persona, che potesse avere un interesse. La guarentigia è sancita dall'art. 2112 del Cod. civ. il quale così dispone: " I creditori o qualunque altra persona interessata a far valere la prescrizione possono opporla, non ostante che il debitore o proprietario vi rinunzi ".

Vivacemente si disputa dagli scrittori intorno ai motivi che hanno mosso il Legislatore a concedere questo beneficio ai creditori ed agli interessati.

A dir vero è difficile assai conciliare un favore siffatto coll'opinione comune, che ravvisa nella rinunzia un atto puramente ricognitivo. È poco serio il dire che i creditori non fanno che esercitare il diritto che il loro debitore intende abbandonare con loro pregiudizio. Di fatto, o si parteggia per la dottrina che proclama l'usucapione altro non essere che un'eccezione da opporsi nel giudizio rivendicatorio, ed allora scompare la materia su cui la facoltà accordata al creditore possa esercitarsi. O si parteggia per l'altra che pel perfezionamento dell'usucapione vuole la manifestazione della volontà, ed allora è logica ed imprescindibile conseguenza, che, tale volontà non essendosi manifestata, o, quel che è peggio, essendosi palesata la contraria, non vi potè essere acquisto di diritto, ed esulano affatto i termini di applicazione dell'art. 1234 Cod. civ. A sorreggere la vacillante tesi gli scrittori ricorrono all'antico broccardo: *Nemo liberalis nisi liberatus*. Sta bene, si dice, mostrarsi

generosi, ma a patto che la generosità non vada a scapito dei creditori vigilanti ed a vantaggio del proprietario negligente. Insomma s'insinua colla forza irresistibile della verità l'idea che l'usucapione compiuta genera un diritto, e che la rinunzia è un vero atto di alienazione. E quest'idea, che è la sola giusta ed esatta, mentre spiega e giustifica senza bisogno di ricorrere ad altre ragioni il disposto che sto esaminando, trova a sua volta in esso un valido argomento a suo sostegno.

Vivaci del pari si agitano le dispute intorno al carattere di questa disposizione. Laurent insegna che i creditori e gli interessati esercitano un diritto proprio e non hanno bisogno di provare la nullità della rinunzia, come fatta in frode delle loro ragioni. Il possessore poteva abbandonare il proprio diritto non quello degli altri (1). Il Ricci al contrario partendo dalla premessa, che la rinunzia non ha operato alcun trasferimento di diritti, conchiude che i creditori altro non possono che esercitare il diritto di cui il loro debitore vuol fare abbandono, e che l'articolo 2112 altro non è se non l'applicazione del principio generale consegnato nell'art. 1234 (2). Altri numerosi ed autorevoli scrittori (3) insegnano che il disposto in esame è semplicemente un'applicazione del diritto comune sancito dagli art. 1234 e 1235 del Cod. civ. (1166 e 1167 del Cod. franc.) e distinguono: o il possessore non ha ancora opposto l'usucapione, ed i creditori e gl'interessati la faranno valere in sua vece ai termini dell'art. 1234; oppure egli ha espressamente o tacitamente rinunziato, ed i creditori e gl'interessati impugneranno la rinunzia come fatta in frode dei loro diritti, mediante l'azione paulliana concessa dall'art. 1235.

83bis. — A me pare che anzitutto occorra distinguere i creditori dagli altri interessati. La differenza sorge evidente dalle speciali condizioni giuridiche di ciascuna delle due categorie di persone. I creditori rilevano e misurano ogni loro diritto da quello spettante al debitore che ha posseduto ed usucapito, e sono obbligati a rispettarne il fatto, tranne che la legge altrimenti provveda alla tutela delle loro ragioni. Nè regge il concetto del Laurent, che essi vantino un diritto proprio, perchè se la cosa, oggetto della usucapione, per effetto della rinuncia è già uscita dal patrimonio del

---

(1) *Principes*, XXXII, n. 209 e segg. Contra Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 119.

(2) Vol. V, n. 155.

(3) Troplong, *Prescr.*, n. 101; Marcadé, all'art. 2225; n. 2; Duranton, tom. XI, n. 145.

loro debitore, essi non possono più avere sulla medesima alcun diritto; e se invece la usucapione non fu ancora opposta essi la faranno valere, *non ex capite proprio*, sibbene *utendo juribus* come esigono i principii elementari del giure. Nè più conforme a ragione parmi la teorica del Ricci, perchè l'art. 1235 del Cod. civ. nell'ampiezza del suo dettato, abbraccia tutti gli atti, coi quali il debitore può arrecar danno ai suoi creditori, e non le sole convenzioni, con cui si trasferiscono diritti.

Ben diverse sono le conseguenze dell'art. 2112 sul diritto competente ai terzi interessati. Questi, per dirla fin d'ora, sono tutti coloro che hanno acquistato sull'immobile usucapito un diritto, che la rinuncia potrebbe offendere. Essi quindi in virtù del proprio diritto possono invocare l'usucapione, non ostante la rinuncia emanata dal possessore, la quale è *res inter alios acta* ed inefficace in loro confronto.

La diversa condizione giuridica delle due categorie di persone conduce ad applicare in differenti guise il disposto dell'art. 2112. I creditori possono impugnare la rinuncia solo quando ne siano pregiudicate le loro ragioni per la volgare massima che l'interesse è la misura dell'azione loro accordata dalla legge. Di vero il debitore è perfettamente capace e libero di disporre della cosa che ha usucapito. La disponibilità trova un sol freno nella garanzia che il patrimonio del debitore naturalmente offre ai suoi creditori, e nel potere che a questi il Codice accorda di far rientrare in detto patrimonio i beni uscitine con loro pregiudizio (1). I terzi interessati, opponendo l'usucapione *ex capite proprio* ed allo scopo di far rico-

(1) La teorica, che vorrebbe restringere il diritto dei creditori alla pura e semplice opposizione alla rinunzia, nel momento stesso in cui viene posta in essere, sebbene sia stata propugnata dal Vazeille, e sia stata accettata in alcuni responsi della Giurisprudenza Francese e di quella patria (C. A. Torino, 12 settembre 1876; C. C. Torino, 18 luglio 1866, *G. T.*, 1877, 266; 1866, 338), è stata giustamente ripudiata dalla grande maggioranza degli scrittori. Di vero, così intesa la potestà dall'art. 2109 Cod. civ. guarentita ai creditori si ridurrebbe ad una derisione, poichè è troppo ovvio che essi non vengano a sapere della rinuncia alla prescrizione, se non quando è un fatto compiuto. D'altro canto, se si ritiene che la rinuncia è effettivamente un atto di alienazione di un diritto quesito, la limitazione urterebbe contro i principî di diritto comune. Dopo questi riflessi è superfluo notare che l'argomento letterale desunto dall'espressione usata nell'art. 2109 non ha alcuna reale importanza, sia perchè identica espressione si legge nell'art. 949 Cod. civ., dove si riferisce senza dubbio ad un fatto già compiuto, sia perchè il tenore dell'art. 2109 riguardato senza preconcetti non esclude l'ipotesi di una rinuncia già avvenuta. Per questi motivi tengo ferma l'opinione espressa nella 1ª ed. della *Estintiva*, n. 59, che la rinunzia può essere impugnata anche quando sia stata emessa in giudizio e non ostante il giudicato.

noscere l'esistenza del loro diritto, hanno il solo obbligo di provare che questo era già nato al momento della rinuncia.

La potestà dalla legge concessa ai creditori ha l'intento di far rientrare nel patrimonio del loro debitore la cosa usucapita a garanzia e soddisfacimento delle loro ragioni; quella concessa agli interessati tende a fare proclamare la validità dei loro diritti, senza infirmare menomamente la rinuncia.

84. — Le discorse considerazioni ci portano a stabilire che i creditori, perchè possano opporre l'usucapione in luogo del debitore, od impugnare la rinuncia se già avvenuta debbono provare:

1° Che il loro credito esisteva al momento in cui la rinuncia ebbe luogo;

2° Che la rinuncia danneggia i loro interessi, rendendo insolvibile il loro debitore, e privandoli delle garanzie su cui avevano calcolato.

Benchè queste due proposizioni non sembrino ammettere serii contrasti, tuttavia è sorto recentemente il Laurent a combattere la seconda. Egli dice che l'usucapione opera per virtù di legge, e dà vita ad un diritto che è acquisito tanto al debitore quanto a tutti i suoi creditori, pei quali è indifferente che la rinunzia fosse o no pregiudizievole nel momento in cui venne emessa, bastando loro di avere un interesse ad invocare la prescrizione. Si scorge di leggieri la contraddizione tra la premessa, del resto vera ed esatta, da cui muove il Laurent, e la conseguenza, che egli ne deduce. Se è un diritto perfetto quello che arreca la usucapione e come tale fa parte del patrimonio del debitore, è conseguente che egli ne possa disporre a suo arbitrio col solo limite di non danneggiare i creditori, per cui tutte le sue sostanze costituiscono una naturale garanzia. La rinuncia, che si verifica in un tempo in cui il debitore è solvibile, è un atto di persona fornita della potestà di compierlo, è un atto valido, che non può essere da chicchessia impugnato. Il pieno effetto, che ne deriva, non può essere menomato od eliso da posteriori eventi, che in essa non hanno la loro causa (1).

Si disputa se il creditore, che impugna la rinunzia, debba anche provare, che essa venne macchiata da frode. Per quanto concerne colui, in cui favore ebbe luogo, costituendo essa un atto a titolo gratuito, il bisogno di una simile prova è escluso dall'art. 1235 del Cod. civ. (2). Ma gravi dubbi si presentano a riguardo del debitore. L'art. 1235 vuole che almeno per sua parte sia intervenuta la frode.

---

(1) Conforme Ricci, V, n. 155.

(2) Confor. Mirabelli, Op. cit., n. 20.

Ed ecco il Laurent a sorgere e domandare in qual guisa potrà provarsi la frode, dacchè il rinunziante avrà sempre un motivo plausibile da allegare nello scrupolo di coscienza, che l'indusse a rinunziare. L'argomento dal Laurent addotto per escludere qualsiasi rapporto dell'art. 2112 col 1235 Cod. civ. prova troppo. Qualunque atto dell'uomo, per quanto informato ad un'intenzione fraudolenta, può apparire determinato da un onesto movente. Ma l'apparenza non deve prevalere sulla realtà; il mantello mendicato per coprire lo scopo doloso non deve far trionfare il vero motivo che determinò l'atto riprovato dalla legge e dalla morale. Se la frode non si può provare con mezzi diretti, perchè sta tutta nell'intimo pensiero di chi ne fece uso, ben la si può arguire dagli atti esterni, dalle loro cause probabili, dalle circostanze che li hanno accompagnati, e dalle conseguenze, che il debitore doveva ma non volle prevedere. Il debitore, il quale conscio di non poter soddisfare ai suoi creditori, sotto il velo di un'ingiustificabile delicatezza rinuncia all'acquisto portogli dalla compiuta usucapione e favorisce così l'antico proprietario negligente con danno dei creditori vigilanti, versa in dolo od almeno in quella colpa grave, che il giure civile equipara al dolo (1). Il pregiudizio, che, sapendolo o in grado di saperlo, volontariamente cagiona ai suoi creditori, imprime lo stigmate della frode sulla rinunzia (2).

È controverso se si debbano autorizzare gli interessati a provare che la rinuncia venne fatta in buona fede, e che manca quindi una delle condizioni necessarie per infirmarla. Marcadé ammette una tale facoltà a seconda del Gius comune. Troplong invece propende per la contraria sentenza, parendogli che il pregiudizio scientemente cagionato ai creditori, sia prova sufficiente ed inoppugnabile della collusione e del dolo. Più conforme a ragione parmi la dottrina del Troplong. Tra colui, il quale *certat de damno vitando*, e colui che *certat de lucro faciendo*, la scelta non è dubbia. È logico ed equo che il creditore vigilante sia preferito all'antico proprietario negligente ed indebitamente favorito. Anche sotto altro aspetto l'opinione del Marcadé non ha valore alcuno. Quand'anche si provasse che il rinunziante ignorava la sua condizione economica, ciò

---

(1) Il pareggiamento della *culpa lata* al dolo è espressamente sancito da molti testi, Fr. 32, D. *depositi*, 16, 3, Fr. 29, D. *mandati*, 17, 1, Fr. 1, § 1, D. *si mens. fals. mod.*, 11, 6, Fr. 8, § 3 e 6, *de precario*, 43, 26, Fr. 226, D. *de V. S.*, 50, 16. Donde Voet *ad Pand. de fidejussor. et nominat.*, 27, 7, n. 5, deduceva: " in omni juris parte, exceptis criminibus, culpa lata praestanda sit utcumque scriptum fuerit: dolum malum dumtaxat et dolum tantum venire ".

(2) Confor. Tartufari, Op. cit., n. 2102.

a nulla servirebbe, perchè, se scusa la ignoranza del fatto altrui (1) non iscusa la ignoranza del proprio. Quale buona fede potrà egli allegare, mentre la sua insolvibilità testimonia e protesta con voce irrefragabile contro di lui? Quali giusti motivi potè avere di favorire colui che aveva perduto ogni sua ragione con danno dei creditori che avevano ancor vive le proprie? Il dovere di coscienza forse? Ma il primo e più sacro dovere, che s'impone all'uomo onesto, che è proclamato dalla legge morale e sancito dalla positiva, è quello di soddisfare alle contratte obbligazioni con tutte le proprie sostanze. Al larvato scrupolo di coscienza risponde il severo insegnamento del Romano Giureconsulto: *Grave est fidem fallere* (2).

85. — Passo ora ad esaminare come si applichino gli esposti principii. Due sono le facoltà che l'art. 2112 accorda ai creditori: di opporre l'usucapione in luogo del loro debitore; e d'impugnare la rinunzia già effettuata.

Pongasi che il creditore non pagato agisca sui beni che formarono l'oggetto dell'usucapione. L'antico proprietario, avvertito del procedimento esecutivo, insorge a rivendicarli opponendosi alla spropriazione. In questa ipotesi il creditore, valendosi del beneficio largitogli dal combinato disposto degli articoli 1234 e 2112 Codice civile, invoca l'usucapione e rigetta l'opposizione dell'antico proprietario. Pongasi al contrario che anteriormente il debitore abbia rinunziato agli effetti dell'usucapione e di conseguenza il vecchio proprietario sia rientrato nel possesso e godimento del suo fondo. In questo caso il creditore, prima di procedere alla spropriazione, deve impugnare la rinuncia, fornendo la prova degli estremi per cui questa deve considerarsi nulla. E solo quando il giudicato ne avrà riconosciuto e proclamato la nullità, potrà procedere sul fondo. Fra le due ipotesi intercede questa differenza. Nella prima il creditore agendo quale rappresentante del debitore ed opponendo la usucapione in suo nome, fa sì che neppure una minima frazione dei beni usucapiti si riacquisti dall'antico proprietario; nella seconda, agendo in proprio nome, ottiene la revoca della rinuncia solo per quella parte che offende le sue ragioni, e fa rientrare nel

---

(1) La differenza fra l'ignoranza del fatto proprio e quella del fatto alieno era stata illustrata dai Romani JJ. CC. La seconda poteva servire di scusa, non la prima: " plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret, an de jure suo ignoret ". Scrisse Pomponio nel Fr. 3, D. *de juris et facti ignor.*, 22, 6. Ed è noto che l'ignoranza del fatto altrui fu appunto la ragion determinante dell'efficacia del titolo putativo, Fr. ult. in fin. *pro suo*.

(2) Fr. 1, pr. *de pecunia constituta*, 13, 5.

patrimonio del suo debitore solo quella porzione di beni, che basti a soddisfarlo di ogni suo avere.

Si domanda che avverrà dei diritti che nello spazio di tempo trascorso fra il momento in cui la rinunzia ebbe luogo e quello, in cui il creditore sorge ad impugnarla, l'antico proprietario, che ricuperò il dominio ed il possesso dei suoi fondi, abbia imposto sui medesimi. Alla domanda risponde lo stesso art. 1235 Cod. civ. dal quale, a mio avviso, è disciplinata la facoltà concessa ai creditori d'impugnare la rinuncia già avvenuta. Secondo il suo disposto i diritti acquistati dai terzi non sono colpiti dalla rivocazione dell'atto, eccetto che essi siano partecipi della frode.

85[bis]. — Le esposte considerazioni si adattano alla sola rinuncia pura e semplice, poichè essa sola è per finzione di legge un atto ricognitivo del diritto altrui. Quando invece è fatta sotto condizione, o per corrispettivi dati da colui in favore del quale è compiuta, allora cambia natura, diventa un atto traslativo non solo, ma ancora a titolo oneroso. Posti questi termini, si può verificare soltanto il caso che i creditori impugnino la rinuncia già effettuatasi. La loro impugnativa dovrà essere corredata da tutti quei requisiti che occorrono all'azione paulliana diretta contro atti a titolo oneroso, in conformità di quanto dispone l'art. 1235 Cod. civ.

86. — Resta solo di vedere quali siano le persone aventi interesse, contemplate dall'art. 2112, e le quali, come sopra ho detto, oppongono l'usucapione *ex capite proprio*. A mio avviso esse sono tutti coloro, che hanno acquistato sull'immobile un diritto il quale potrebbe essere danneggiato dalla mancata opposizione dell'usucapione ed *a fortiori* dalla rinuncia alla medesima o che furono liberati da un peso, che risorgerebbe per via della rinuncia all'usucapione (1).

Primo fra essi si presenta il creditore, il quale è munito di un'ipoteca sull'immobile usucapito. Se l'ipoteca è stata regolarmente iscritta, su di essa non spiegherà alcuna influenza la rinunzia all'usucapione, perchè, essendo l'ipoteca dotata della virtù di seguire la cosa obbligata presso qualunque possessore, l'esercizio dell'azione

---

(1) Questa seconda ipotesi si avvererebbe ad esempio in questa specie: La prescrizione determina il luogo del passaggio coatto ed estingue quindi il peso che potrebbe incombere su altri fondi limitrofi; se l'avente diritto alla servitù legale rinunciasse alla prescrizione compiuta, i proprietari degli altri fondi minacciati dall'obbligo di prestare il passaggio potrebbero impugnare la rinuncia.

reale ipotecaria non può trovare alcun ostacolo nella rinuncia e nel ritorno del fondo in potestà del vecchio proprietario. Nell'ipotesi di una regolare iscrizione non trova quindi i suoi termini lo speciale beneficio largito dall'art. 2112.

Ma pongasi quest'altra specie: Tizio che è in via di usucapire od ha già usucapito il fondo Corneliano, concede un'ipoteca a Cajo in garanzia di un suo credito. È noto che l'ipoteca per essere efficace contro i terzi deve essere iscritta. Cajo per negligenza o per ignoranza non prese l'iscrizione, e perciò, se Tizio aliena il fondo, e l'atto traslativo viene trascritto, perde l'azione ipotecaria. Avviene che Tizio chiamato in giudizio dal proprietario rivendicante tacitamente od espressamente abbandona gli effetti dell'usucapione. In questa specie ricorrono i termini d'applicazione dell'art. 2112 Cod. civ. Il creditore ipotecario potrà intervenire nel giudizio ad opporvi l'usucapione, e, se ciò non faccia, potrà posteriormente impugnare la rinuncia per vincere gli ostacoli che l'antico proprietario, che ricuperò il fondo, promovesse contro l'iscrizione dell'ipoteca, oppure contro l'esercizio dell'azione ipotecaria. Stimo anzi che non sia pur necessario per concedere al creditore una tale facoltà, che l'ipoteca risulti da un atto pubblico od almeno avente data certa. Il proprietario, a cui pro si compie la rinunzia, non è un terzo nel senso rigoroso della parola (1). Basterà quindi che il creditore dimostri che la concessione dell'ipoteca è anteriore alla rinuncia. La concessione dovrà risultare da un atto scritto, poichè la legge (art. 1314 Cod. civ.) lo vuole *ad substantiam* nei rapporti delle stesse parti fra di loro, ed *a fortiori* nei rapporti di alcuna di esse con persone estranee alla convenzione.

Queste massime debbonsi estendere a tutti coloro che acquistarono diritti reali o personali sull'immobile usucapito in forza di titoli soggetti a trascrizione, se avvenga che la rinuncia abbia luogo, anzi che eglino abbiano trascritto i rispettivi acquisti.

Niun dubbio che essi resterebbero posposti a quelli che avessero nel frattempo acquistato (e legalmente conservato) diritti dall'antico proprietario, in virtù della regola, che l'anteriorità della trascrizione produce priorità di diritto.

87. — Al principio, che la rinuncia non nuoce ai diritti dai

---

(1) È opportuno notare che la Giurisprudenza propende verso una massima contraria, in quanto che per *terzi* contemplati nell'art. 1327 Cod. civ. intende tutti coloro che non parteciparono alla creazione della scrittura privata mancante di data certa. C. C. Roma, 13 gennaio 1888 (*Legge*, 1888, 1, 581); C. C. Torino, 17 luglio 1895 (*G. T.*, 1895, 655).

terzi legalmente acquistati e conservati, vorrebbero alcuni scrittori introdurre un'eccezione pel caso in cui il diritto concesso prima della rinunzia sia uno di quelli che non si possono acquistare mediante il possesso, come sarebbe una servitù discontinua o non apparente (1). Una limitazione siffatta parmi contraria ad ogni principio di ragione e di diritto. Colui, al quale la servitù discontinua e non apparente venne concessa dal proprietario, e tale era il possessore nel momento della concessione per la virtù retroattiva dell'usucapione, si affida ad un giusto titolo e non al possesso. La posteriore rinuncia del concedente nè invalida la concessione, nè mette ostacolo all'esercizio della servitù, la quale continua a gravare il fondo, sebbene sia passato a mani dell'antico proprietario. Ciò non può ammettere dubbio, se il titolo sia stato trascritto. La servitù deve in tal caso essere rispettata da tutti ed anche dal proprietario, che riacquista il fondo per l'attuale rinunzia, e non *ex causa antiqua et necessaria*. Sarebbe assurdo ed iniquo che la rinuncia importasse revoca dei diritti legittimamente acquisiti, con dispregio della massima proclamata da Papiniano: *Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri* (Fr. 74, D. *de R. J.*, 50, 17).

Quand'anche la concessione non sia stata trascritta, la conseguenza non è quella vagheggiata dai mentovati scrittori, perchè il concessionario si appoggia pur sempre su di un titolo legittimo ed efficace, quand'anche non trascritto, e non sul possesso. Egli si troverà nella condizione del creditore che non fece iscrivere l'ipoteca, e dovrà quindi impugnare la rinuncia all'effetto di far trascrivere e rendere valida di rimpetto ai terzi la servitù da lui acquistata.

88. — I criterii, che ho adottato per interpretare l'art. 2112 e per determinare i terzi interessati, attingendoli tanto alle norme generali di diritto, quanto a quelle che specialmente disciplinano l'usucapione, mi portano a respingere certe applicazioni, che pur ne vedo fatte dalla comune dottrina. A completare la trattazione giova il brevemente esaminarle, dicendo i motivi per cui debbono essere rifiutate.

Suolsi fra i terzi interessati ad opporre l'usucapione comprendere il compratore dell'immobile usucapito. Ciò è del tutto erroneo. L'usucapiente, che vendette il fondo, non può più compiere una rinunzia, di cui manca l'oggetto. In questi termini non ricorre una rinunzia valida in sè, ma rescindibile in tutto od in parte a favore dei terzi; havvi invece un atto radicalmente nullo. Questi riflessi

---

(1) Marcadé, all'art. 2225, n. 2. Le Roux, Op. cit., I, n. 46.

non ammettono contrasti, quando l'atto di compera venne trascritto. Qualche dubbio potrebbe sorgere nella contraria ipotesi, ma non avrebbe ragione di esistere, perchè la finzione, in virtù della quale la rinuncia è semplicemente ricognitiva opera tanto in favore, quanto in danno dell'antico proprietario. Egli non è un terzo che possa prevalersi del difetto di trascrizione; e gli riesce estraneo l'art. 1942 del Cod. civ. il quale concerne la collisione di diritti ugualmente soggetti all'obbligo della trascrizione.

88*bis*. — Si annovera fra le persone interessate il venditore tenuto a prestare la garanzia di evizione. Anche quest'applicazione dell'art. 2112 è assolutamente fuor di proposito. L'obbligo della garanzia introdotto dalla Romana Giurisprudenza e formalmente sancito dall'art. 1482 del Codice civile è assoggettato ad alcune condizioni. Perchè l'alienante sia tenuto alla garanzia, occorre che la causa dell'evizione sia anteriore alla vendita, ed esista ancora al momento, in cui l'antico proprietario insorge contro l'acquirente. Per converso qui si suppone, che in quest'ultimo momento l'usucapione sia già compiuta. Ad esempio: Tizio, che possedeva un fondo da 27 anni, lo vende a Cajo che possiede per altri tre anni. In virtù dell'accessione dei possessi allo scoccare dei trent'anni Cajo è diventato proprietario, e può respingere *l'actio in rem*, che l'antico *dominus* volesse contro di lui esercitare. Al contrario, chiamato nel giudizio rivendicatorio, non oppone l'usucapione e lascia evincere il fondo. In questa ed ogni altra consimile ipotesi è all'evidenza cessato l'obbligo della garanzia, di cui mancherebbe l'oggetto. Mediante l'usucapione il compratore aveva acquistato l'irrevocabile proprietà del fondo: doveva opporla in giudizio e far respingere l'infondata domanda contro di lui promossa. Se nol fece, sua la colpa, suo il danno. La definizione, che io propongo, ha l'esplicito suffragio della Romana Sapienza, la quale proclamò che l'obbligo della garantìa cessa, quando l'acquirente mediante l'usucapione o la prescrizione di lungo tempo è diventato proprietario del fondo. Così Gajo lasciò scritto (1): " Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emptori teneri de evictione ". Di vero come il compratore mediante l'usucapione acquistò la proprietà del fondo, così l'antico proprietario ha perduto il suo diritto, e la relativa azione vendicatoria. Paolo fa un passo più avanti, e nega il regresso per causa d'evizione all'acquirente che poteva usucapire e non usucapì: " Si cum possit usucapere emptor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur.

(1) Fr. 54, pr. D. *de evictionibus*, 21, 2.

Unde, si evictus est servus, non tenetur venditor „ (1). Ed in conformità di tali principii gli imperatori Massimiano e Diocleziano rescrivevano: " Si obligata praedia venum dedisti, et longi temporis praescriptione solita emptores se tueri possunt, evictionis periculum timere non potes „ (2).

A questi insegnamenti della Romana Sapienza parmi non contraddica l'attuale sistema di diritto. Sta bene che il compratore ha la potestà conferitagli dall'art. 1459 del Cod. civ. d'impugnare come nulla la vendita della cosa altrui, donde si desume che la sostanza del contratto è stata mutata da quel che era nel Romano diritto, che ne faceva dipendere il solo obbligo di consegnare e garantire *la vacua possessio*. Sconfinerei dai limiti del tema, se anche brevemente toccassi la grave questione dell'importanza e del vero significato del nuovo disposto della legge civile. Al mio proposito basta osservare, che la nullità della vendita della cosa altrui è qualche cosa di relativo, tant'è che una vendita siffatta serve appunto di base all'usucapione decennale; e che ad ogni modo il

(1) Fr. 56, D. *de evictionibus*, 21, 2.

(2) L. 19, C. *de evictionibus*, 8, 44. Altre elegantissime applicazioni del principio ci offre la Romana Giurisprudenza. Così Paolo finge il caso di colui che diede *in solutum* uno schiavo altrui. Poichè la *solutio* in tali termini non può produrre il suo effetto di trasmettere la proprietà dello schiavo a chi lo riceve in paga, non ha luogo la estinzione del debito. Pongasi ora che il creditore lo riceva in buona fede e lo possegga pel tempo statuito. Egli ne acquista la proprietà mediante usucapione, perchè la buona fede ed il titolo *pro soluto* accompagnarono il suo possesso. Compiuta l'usucapione, il debitore si trova liberato. Ecco il testo: " Is qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine, liberatur „ (Fr. 60, D. *de solutionibus*, 46, 3). Ed è anzi acuta la concisa osservazione del Gothofredus in nota al Fr.: " Praescriptio successoris auctori liberationem inducit „, la quale dimostra non esser sempre vera la massima, che pur si spende come verità inconcussa, che il possesso del successore non giovi mai all'autore. Altro caso, ove le discorse massime si complicano colle norme che reggono il mandato, è quello esaminato da Pomponio nel Fr. 47, § 1, D. *mandati*, 17, I: " Si is, qui pro te hominem dare fidejussit, alienum hominem stipulatori dederit, nec ipse liberatur, nec te liberat; sed si stipulator eum hominem usuceperit, dicendum esse Julianus ait liberationem contingere; eo ergo casu mandati actio, post usucapionem demum, tecum erit „. Il fidejussore di chi era obbligato in via principale a dare uno schiavo, se dà uno schiavo non suo, non soddisfa all'obbligazione di dare, ossia di trasferire la proprietà, che a lui incombe. Perciò non libera il debitore dall'obbligazione principale; non libera sè da quella accessoria e non acquista contro il debitore l'azione di mandato, che sorge nel momento in cui la fideiussione è stata legalmente compiuta. Ma se il creditore che ricevette in buona fede uno schiavo d'altrui spettanza, lo possiede, lo usucapisce, ed in conseguenza ne acquista la proprietà, Giuliano e Pomponio pensano che nel momento in cui l'usucapione è compiuta, il fidejussore si consideri aver soddisfatto al proprio obbligo, ed acquisti l'azione di mandato contro il debitore principale.

diritto d'invocarla vien meno di necessità, quando il compratore è diventato legittimo proprietario della cosa acquistata. *Res pervenit ad eum casum, a quo incipere potuisset.* Nessun giudice accoglierebbe l'istanza diretta a far rescindere la vendita, o a far dichiarare l'obbligo della garantia, quando l'usucapione ha già reso sicuro il compratore da qualsiasi molestia. Di vero la garantia è stabilita in favore del compratore, che al tempo dell'evizione è ancora un semplice possessore soggetto all'azione rivendicatoria, non di chi in quel momento è già proprietario, e non ha più alcun pericolo a temere. Le discorse ragioni trovano un valido appoggio nell'articolo 1497 del Cod. civ., ov'è scritto: cessare l'obbligo della garanzia, quando il compratore non avvertì della incoata rivendicazione il venditore, e questi prova che vi erano sufficienti motivi per farla respingere. E non è un sufficente motivo l'usucapione compiuta?

Segue che il venditore dell'immobile usucapito non trova posto fra coloro, che hanno interesse ad impugnare la rinuncia. Opporrà l'usucapione al rivendicante, se regolarmente chiamato nel giudizio di rivendicazione; l'opporrà posteriormente, se non ne fu avvertito, non già all'antico proprietario, ma al compratore, che, sebbene siasi lasciato evincere senza avvertirlo e senza invocare l'usucapione, osasse di ricercarlo della garantia, ed al solo scopo di dimostrar cessato l'obbligo di prestarla. L'antico proprietario, in cui favore ebbe luogo la rinunzia, avrebbe ragione di far respingere per mancanza d'interesse il venditore che sorgesse ad impugnarla.

88ter. — Si annovera fra gli interessati eziandio il cessionario del prezzo della vendita. Credo che la proposizione sia inesatta e che al cessionario debbano estendersi, per parità di ragione, le stesse massime che valgono pel venditore, di cui è un avente causa. Di fatto, ad usucapion compiuta l'acquirente, come non avrebbe alcuna eccezione da opporre al venditore per esimersi dal pagamento del prezzo, così non potrebbe rifiutarlo al cessionario.

Giova però osservare che puossi presentare l'ipotesi, in cui il venditore od il cessionario abbiano veramente interesse ad opporre l'usucapione o ad impugnare la rinunzia se già avvenuta. L'ipotesi si avvera ogni qualvolta essi abbiano seguito la fede dell'acquirente, accordandogli una mora pel pagamento del prezzo. Essi si prevarranno del beneficio dell'art. 2112 non come terzi aventi interesse, ma come creditori, allo scopo cioè di far rientrare nel patrimonio del debitore, a garanzia del loro credito, il fondo che ne era uscito per la via della rinunzia.

CAPITOLO VI.

La prescrizione acquisitiva nella sua funzione di Diritto civile.

Il concetto della prescrizione acquisitiva nel Codice civile italiano.

SOMMARIO: 89. *Si dimostra antigiuridico e si rifiuta il termine* - usucapione derivativa - *proposto dal Tartufari per designare la prescrizione acquisitiva decennale.* — 90. *Critica dell'articolo* 2135 *del Codice civile - Suoi vizi di sostanza e di forma.* — 91. *Nel sistema di diritto italiano la prescrizione acquisitiva trentennaria non presume nè il titolo nè la buona fede. - Si combatte l'opinione contraria.* — 92. *L'articolo* 713 *Codice civile non stabilisce una prescrizione acquisitiva.* — 93. *Così neppure il* 715. — 93bis. *L'articolo* 2146 *Codice civile stabilisce una prescrizione estintiva, non una prescrizione acquisitiva.*

89. — Venimmo finora esaminando la prescrizione acquisitiva nella sua funzione processuale, la quale, come altra volta avvertii, conviene ad essa tanto quale istituto individuale, col cui mezzo viene autorizzato dalla Società l'acquisto dei beni, quanto come istituto generale diretto a consolidare un preesistente acquisto, ed a fornire un facile argomento di prova nel giudizio di rivendicazione. La stessa materia della rinunzia per le manifeste attinenze colla procedura rivendicatoria, durante la quale viene a compiersi, è piuttosto dipendente dalla funzione processuale, che non dalla sostanza ed ingenita efficacia dell'usucapione.

Passiamo ora ad esaminare l'istituto sotto l'altro suo aspetto, ed a studiare le condizioni, alle quali viene subordinato dal Diritto civile, perchè possa essere un modo originario di acquisto. Ci si presenta subito una questione, la quale, sebbene a prima vista di pura terminologia, entra però di fatto nelle viscere del soggetto e ne involve i principii supremi. Insigni scrittori hanno creduto opportuno di distinguere tra la prescrizione acquisitiva trentennaria, che non vuole la prova del titolo e della buona fede, e la decennale che invece esige e l'uno e l'altra; e di appellare quest'ultima usu-

capione derivativa. Non mi sembra giusta l'espressione e tanto meno il concetto, che si vuol esprimere. L'usucapione non è mai un modo derivativo di acquisto, neanche quando è accompagnata dai mentovati requisiti. Il corredo del titolo e della buona fede fu veduto con occhio benigno dal legislatore e da lui tenuto come motivo sufficiente ad accorciare la durata del possesso. Ma il titolo, come quello che proviene a *non domino,* è inabile a trasferire la proprietà od il diritto reale, e la buona fede, per quanto appoggiata ad un errore scusabile, non può certamente tener luogo di un legittimo acquisto. Modo derivativo, come dice lo stesso vocabolo, è soltanto quello, in virtù del quale la proprietà della cosa dalle mani dell'attuale proprietario passa per effetto della sua volontà a quelle di un altro, che ne diventa senz'altro padrone. Così la catena dei successivi proprietarii aggiunge, per così dire, anello ad anello senza soluzione di continuità.

L'usucapione, o trentennaria o decennale, accompagnata o non dal titolo e dalla buona fede, è una causa d'interruzione in questa catena. Ad un certo momento, che è precisamente quello in cui il possessore ha compiuto l'usucapione, la serie successiva dei legittimi proprietarii, gli uni agli altri succedentisi, resta troncata; i rapporti fino a quel momento continuati da successore ad autore restano bruscamente spezzati: havvi in quel punto un proprietario che non succede ad un altro, che non rileva il suo diritto da colui, che cronologicamente lo precedette nel dominio della cosa, ma che trova invece nel possesso legittimo esercitato pel numero prefisso di anni e nella costante e palese volontà di tenere e goder la cosa come padrone la causa dell'acquisto. Neppure nella decennale il diritto attuale si riunisce a quello precedente; tanto in essa quanto nella trentennaria manca ogni più lieve ombra di derivazione dal diritto del precedente proprietario.

90. — La più lunga usucapione che conosca il patrio Diritto è la trentennaria, la quale nella sua sostanza è semplicemente la riproduzione della *praescriptio longissimi temporis* introdotta dalle Costituzioni, degli Imperatori, ed accolta poi e disciplinata nel Codice Giustinianeo. La *longissimi temporis praescriptio* fu il campo, in cui si effettuò quella confusione, già da noi deplorata, dell'usucapione diretta all'acquisto del dominio o di un diritto reale e della *praescriptio temporalis,* che, conformemente a quanto significa lo stesso suo nome, è volta a consumare le azioni. La prescrizione trigenaria nel sistema Giustinianeo produce ambidue gli effetti; poichè estingue tutte le azioni, tanto le reali quanto le personali.

La prescrizione trentennaria fu accettata dal Diritto Canonico

e da quello Consuetudinario. Le Costituzioni dei Principi Sabaudi, che ho riportato nei Cenni Storici, la sottoposero alla stessa disciplina, che ancor oggidì la regge, e la dispensarono dai requisiti del titolo e della buona fede. Venne accolta dai Codici Francese ed Albertino, e da loro lasciata in retaggio al nostro Codice.

L'art. 2135 del quale così suona: " Tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono col decorso di trent'anni, senza che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede ". Dovetti già censurare questo disposto di legge, come quello che contraddice ai principii fondamentali della materia. L'infelice tentativo di fondere in uno due istituti, differenti nell'origine, nella sostanza, negli effetti, raggiunse in quest'articolo il massimo grado. Il modo, con cui è concepito, dà una assoluta preminenza alla estintiva, ed induce erroneamente a credere che tutta l'efficacia della prescrizione, acquisitiva o liberatoria che essa sia, non in altro consista che nel consumare le azioni. La retta logica giuridica e gli insuperati tesori di sapienza tramandatici dai Romani Giureconsulti consigliavano il Patrio Legislatore ad abbandonare il modello francese, imperfetto ed antigiuridico, e troppo ossequente al diritto consuetudinario che lo aveva preceduto, ed a distinguere nettamente i due istituti, che la natura stessa rispettiva separava, impartendo a ciascuno di essi le norme, che meglio gli si appropriano. Tutt'al più potevansi riunire quelle norme, che ad entrambi si adattano per l'elemento ad entrambi comune del decorso di un certo tempo accompagnato dalla non mai scossa inerzia di colui, al quale prima apparteneva il diritto o l'azione. Questo concetto esposi altrove, e vi insisto di bel nuovo, perchè costituisce la chiave di volta di tutta la mia trattazione.

Prescindendo dai principii, che l'art. 2135 manomette, ne è pur censurabile la dizione, come quella che è monca, imperfetta ed inesatta. È monca, perchè non definisce e non disciplina che una parte di quel complesso di istituti, che in esso si rispecchiano, di guisa che il contenuto riesce molto più vasto del contenente. Imperfetta ed informe, perchè applica alla prescrizione estintiva, che vi ha una manifesta ed assoluta preponderanza, norme che si confanno colla sola acquisitiva. A che di fatto parlare di titolo o di buona fede in un disposto di legge, che mira sopra tutto alla prescrizione propriamente detta? Tali requisiti furono per lungo volgere di secoli la ordinaria compagnia dell'usucapione, e sono ancora voluti dal Codice per la decennale. Ma quanto all'estintiva, il Diritto Romano non li richiese di certo; e soltanto sotto l'impero del Diritto Canonico, quando il fervore ascetico, la teorica morale del peccato ed alcune non troppo chiare costituzioni dei Pon-

tefici fecero credere a taluni proscritta assolutamente dal giure ogni prescrizione non accompagnata dalla buona fede, potè farsi strada il concetto che anche la prescrizione estintiva ne avesse bisogno (1). Ma lo stesso diritto Consuetudinario e quello Statutario ripudiarono il rigore del *Jus* Pontificio, esimendo assolutamente la *longissimi temporis praescriptio* dai suddetti requisiti (2). Potrebbe alcuno sostenere in difesa dell'art. 2135, che vi si fa cenno del titolo e della buona fede, non occorrenti alla estintiva, appunto per rivelare l'intento del legislatore di comprendervi anche l'acquisitiva. Infelice effugio, che ne mette anche meglio in evidenza i vizii, se veramente per mezzo di un inciso cozzante colle altre parti si designa un istituto di tanta importanza, come l'usucapione. Se così fosse, sarebbe pur sempre inesatta ed incompleta, perchè da un lato non è vero che tutte le azioni, tanto reali quanto personali, si consumino col decorso di trent'anni. La *rei vindicatio,* come dimostrerò a luogo opportuno, non è soggetta a prescrizione, od almeno fuor di ogni dubbio può durare molto maggior tempo non ostante l'assoluta inerzia del proprietario. E perchè dall'altro vi manca la menzione del possesso, che è il fattore principale della prescrizione acquisitiva.

Gli errori, che macchiano il disposto che esaminiamo, derivano, a parer mio, dall'aver vagheggiato e cercato, più che non convenisse, il pregio della semplicità. Semplicità che illude ed inganna, perchè ripugna alla *ratio juris* non solo, ma eziandio al sistema dell'attuale legislazione. Pregio, da aversene riguardo e cura, è certamente la semplicità del dettato per un complesso di leggi, ma a patto che non vada a scapito della necessaria precisione del concetto legislativo, e non mutili l'espressione di quelle norme distinte, che debbono sancirsi per ciascuna categoria d'istituti giuridici.

91. — La prescrizione acquisitiva od usucapione è un mezzo di acquisto originario, che si attua mediante il possesso. Ho dimostrato altrove, che il possesso è il solo elemento efficiente dell'usucapione, laonde qui basta di richiamare le ragioni già discorse. Altri elementi giuridici dell'acquisto non posso ammettere. Nè mi si citi in contrario la decennale, che esige il titolo e la buona fede. Titolo e buona fede volle il legislatore per accorciare il tempo necessario ad usucapire; essi intervengono nella decennale a compensare la minor durata del possesso ed a giustificare il ragguarde-

---

(1) Vedi *Prescr. Est.*, n. 6.
(2) Vedi Voet, *ad Pand., de div. temp. praescr.*, 44, 2, n. 9.

vole favore, che si fece al possessore; ma non mutano la base dell'usucapione che è sempre una e medesima: il possesso.

L'opinione contraria ha validi difensori. Il Tartufari (1) insegna che ogni prescrizione acquisitiva, o trentennaria, o decennale, deve essere accompagnata dal titolo e dalla buona fede, e che ciò è tanto vero per la decennale, nella quale sono espressamente richiesti, quanto per la trentennaria, nella quale si presumono. La legge, scrive il Chiarissimo Autore, non la dispensa dai requisiti del titolo e della buona fede, ma presume che siano esistiti e che il tempo abbia disperso documenti e memorie. La presunzione si appoggia sul lungo trascorso del tempo, sulla protratta desidia del vecchio proprietario, che merita di essere punita in favore di chi più sollecito e diligente coltivò e curò le cose, che egli aveva di fatto abbandonate, sull'assoluto bisogno sociale della stabilità dei dominii e di diminuire i litigii.

L'opinione professata dal Tartufari par che trovi un qualche appoggio nel testo di legge (art. 2135 del Cod. civ.), il quale detta, che ogni azione, tanto reale quanto personale, si prescrive in trenta anni, *senza che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede.* Donde in apparenza si desume, che il legislatore accennando ai requisiti suddetti, mostrò desiderare che siano nel passato esistiti, e sola differenza pose tra l'una e l'altra prescrizione acquisitiva, che nella prima la loro esistenza costituisce una presunzione *juris et de jure*, per la seconda deve invece essere provata. Se non che, investigando l'art. 2135 nella sua genesi storica, si trova che l'espresso divieto d'opporre il difetto di quei requisiti ha un ben diverso significato. Di vero nel Diritto Giustinianeo la *longissimi temporis praescriptio* non voleva il titolo, ed è dubbio e disputato se almeno esigesse la buona fede. Il Canonico volle invece per l'acquisto tanto l'uno quanto l'altra, e, modificando la disciplina della buona fede, impose che essa seguitasse il possesso durante tutto il suo cammino. Il diritto consuetudinario si ribellò contro il rigore ascetico, a cui si erano informate le Costituzioni Pontificie, e non solo dispose che valesse la trigenaria, quand'anche non fossero giustificati dall'usucapiente il titolo e la buona fede, ma proibì anzi la prova, che l'avversario avesse preteso fornire, del difetto di questi requisiti.

Il disposto si spiega adunque come una reazione contro il soverchio rigore morale, che il *Jus* Pontificio intendeva di imporre, come un trionfo dell'elemento civile e giuridico su quello religioso. La menzione espressa della dispensa dai requisiti del titolo e della

---

(1) *Effetti del Possesso*, vol. II, n. 635.

buona fede non può quindi ritenersi come segno del desiderio, che essi siano esistiti, e siano (almeno col temperamento della presunzione *juris et de jure*) necessarii anche per la trentennaria; al contrario essa è una chiara ed inoppugnabile prova che il legislatore Italiano sulle orme dei suoi predecessori volle assolutamente esimerla da cotali requisiti.

Ed altro argomento si deduce dall'art. 2105, dove non si fa menzione alcuna del titolo e della buona fede, e dall'art. 2106 che dichiara necessario per acquistare mediante la prescrizione un possesso legittimo, senz'altri amminicoli.

92. — L'indagine del concetto dell'usucapione ci porta ad investigare, se esso abbracci nella sua orbita alcuni modi di acquisizione di cose mobili.

L'art. 713 del Cod. civ. dopo d'aver largito al proprietario di sciami di api il diritto d'inseguirli sul fondo altrui coll'obbligo di risarcire il danno, che sia per cagionare, dispone che il possessore del fondo può prenderli o ritenerli, quando il proprietario non li abbia entro due giorni inseguiti od abbia cessato durante due giorni d'inseguirli.

La necessità di un termine per l'acquisto dello sciame sfuggito dal potere del suo proprietario richiama alla mente il concetto dell'acquisto per prescrizione. Ma meglio considerata, la cosa non sta in questi termini. Lo sciame di api, non appena sfuggito ai nostri occhi ed al nostro potere, cessa dall'essere nel nostro dominio, riacquista la naturale libertà, e, diventato *res nullius*, dovrebb'essere preda del primo occupante. Ed è ciò che precisamente insegna Gajo. Dopo aver posto come principio, che la natura delle api è selvaggia, così prosegue: " Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse intelligitur, donec in conspectu nostro est, nec difficilis ejus persecutio est; alioquin occupantis est (Fr. 5, § 4, D. *de a. r. d.*, 41, 1; § 14, I, *de div. rer.*, 2, 1) ". Allo stesso principio s'informa l'art. 713 del nostro Codice, salvo che, largheggiando in favore del proprietario, invece di considerare come *res nullius* lo sciame non appena sfuggito allo sguardo ed al potere di lui, volle che trascorressero due giorni, senza che egli facesse atto d'inseguirlo e di ricuperarlo, perchè si potesse presumere l'abbandono. L'acquisto si compie adunque per occupazione; e l'essere collocato il relativo disposto nel titolo, ove si tratta dell'occupazione, dimostra essere stato questo l'intendimento del legislatore.

La stessa definizione deve accogliersi pel caso previsto dal capoverso dello stesso art. 713, il quale concerne la fuga di ani-

mali mansuefatti. In questo caso al proprietario è accordato un termine di ben venti giorni. Lo spazio più lungo è a pieno giustificato, perchè gli animali mansuefatti non cessano dall'essere nostri, se non quando abbiano deposto la volontà o la consuetudine di ritornare (1).

93. — L'acquisto degli oggetti mobili smarriti è regolato dagli articoli 715, 716, 717 del Cod. civ. Il primo di questi impone il dovere a chi trova una cosa mobile di restituirla al precedente possessore, e, se non lo conosce, di consegnarla senza ritardo al Sindaco del luogo ove l'ha trovata. Il Sindaco rende nota la consegna per mezzo di pubblicazione in due domeniche successive. Passati due anni dalla seconda pubblicazione, senza che si presenti il proprietario, la cosa appartiene a chi l'ha ritrovata. Taluno ha reputato, che questi siano i termini di una vera usucapione. V'è il possesso, perchè chi trovò l'oggetto, n'è possessore, sebbene egli l'abbia consegnato in deposito al Sindaco. V'è un titolo originale sì, ma abile ad usucapire, il titolo *pro derelicto*. La buona fede è splendidamente dichiarata dall' onestà dell' inventore, che corre a consegnare all'Autorità la cosa trovata (2).

L'esposta dottrina non risponde al vero, ed inesatte sono le ragioni che si adducono a sostenerla. Non sta che il ritrovatore abbia il possesso; al contrario la pronta consegna della cosa trovata nelle mani del Sindaco dimostra in modo indubbio che egli si costituisce detentore a nome altrui. Manca e deve naturalmente mancare l'*animus domini*, che è la base del possesso giuridico, a chi trova una cosa, sa che è di altrui spettanza, e, compiendo il dovere impostogli dalla legge, la mette in deposito pubblico a disposizione del legittimo proprietario. Egli chiaramente dimostra di non voler trattare la cosa da padrone. La mancanza del legittimo possesso esclude in guisa perentoria che l'acquisto possa provenire da usucapione.

Tuttavia a complemento debbo aggiungere, che nel caso fanno difetto anche il titolo e la buona fede. Non ricorrono gli estremi del titolo *pro derelicto*, perchè la legge suppone che l'oggetto sia stato smarrito e non abbandonato. Manca la buona fede, perchè la scienza delle illegittime provenienza e ritenzione della cosa non può essere più evidente, che nel caso di chi rinviene un oggetto smarrito su cui egli sa di non avere alcun diritto (3). Io penso che anche in questo caso l'acquisto si compia per virtù d'occupazione. La legge

---

(1) Fr. 4 e 5, § 5, D. *de a. r. d.; Idem*, TARTUFARI, *Eff. Poss.*, vol. II, n. 653.
(2) TARTUFARI, Op. cit., vol. II, n. 654 e n. 2001.
(3) Conforme RICCI, V, n. 321.

non volle considerare come abbandonato l'oggetto, solo perchè si trova attualmente e momentaneamente senza padrone. Può avvenire ed avviene tutti i giorni, che si smarriscano oggetti mobili, benchè i proprietarii non abbiano menomamente l'idea di abbandonarli. Ma fatte le pubblicazioni e reso così noto il ritrovamento, trascorsi posteriormente due anni, senza che alcuno sorga a richiedere l'oggetto, sorge naturale la presunzione che l'antico proprietario l'abbia abbandonata, o ad ogni modo più non se ne curi. La cosa *ex postfacto* si ritiene *nullius*, e come tale si acquista da chi ebbe primo ad occuparla (1).

93bis. — Ci resta ancora di esaminare se l'art. 2146 del Cod. civ. abbia stabilito una prescrizione acquisitiva, o non piuttosto una estintiva. Il nostro Codice civile sulle orme dei precedenti Francese ed Albertino stabilì che in fatto di mobili e di titoli al portatore il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo (art. 707 Cod. civ.). Al principio fu introdotta una eccezione in favore di colui, che ha smarrita la cosa o ne fu derubato, il quale può ripeterla dall'attuale possessore (art. 708 e 709 Cod. civ.). L'azione accordata in cotali casi eccezionali al proprietario si prescrive nel termine di due anni (art. 2146 Cod. civ.).

Il Tartufari ha strenuamente sostenuto che l'acquisizione fatta ai termini degli articoli 708 e 709, procede da vera usucapione (2). Egli parte dalla premessa che l'art. 707, pur introducendo un'eccezione ai principii di diritto comune, stabilisce una norma generale per l'acquisto dei mobili per natura e dei titoli al portatore. Gli articoli 708 e 709, essendo a lor volta eccezione dell'eccezione, non fanno che limitare l'estensione di questa. Ora l'art. 707 del Cod. civ. contempla i terzi acquirenti di buona fede; e terzi acquirenti debbono essere necessariamente quelli contemplati dai successivi articoli 708 e 709, che col primo formano un solo ed unico sistema. Messi in correlazione gli articoli 708 e 709 col 2146, risulta che la speciale prescrizione da questo sancita non decorre che a favore di quelli, che hanno comprato in buona fede un oggetto mobile rubato al legittimo proprietario o da lui smarrito. È una prescrizione che vuole titolo, buona fede, possesso; non può quindi essere che una prescrizione acquisitiva, perchè se ne esigono tutti i caratteri e requisiti.

---

(1) E che il legislatore consideri come procedente da occupazione l'acquisto della cosa mobile ai termini dell'art. 717, ci persuade il fatto che egli collocò l'art. 717 nel titolo in cui si parla della occupazione.

(2) Tartufari, *Eff. del Poss.*, vol. II, n. 2016 e segg.

Mi son studiato di restringere in poche parole il succo di tutta la dottrina dal Tartufari svolta in molte pagine. La dottrina, per quanto ingegnosa, non risponde al vero. Non contesto che la speciale prescrizione stabilita dall'art. 2146 corra soltanto a favore di quelli che acquistarono in buona fede la cosa rubata o smarrita. La manifesta connessione degli articoli 708, 709 col precedente 707, il palese intento del Codice di dettare con quei tre articoli tutto un sistema, impongono una limitazione siffatta. Ma era ancora mestieri ricercare, ciò che il Tartufari non fece, se veramente l'art. 2146 esiga che l'attuale possessore abbia già posseduto l'oggetto mobile per due anni. In altri termini, da qual momento comincia a correre la breve prescrizione, di cui in detto articolo? Se la teoria, che essa è un'usucapione, ha solido fondamento, necessità vuole che corra da quel momento soltanto, in cui è cominciato un possesso atto ad usucapire. Ma ciò non è; la breve prescrizione, di cui è caso, decorre dal momento stesso in cui la cosa mobile venne rubata o smarrita, salvo che essa non troverà persona che possa giovarsene fino a che non s'imbatta in un possessore di buona fede (1). Può quindi accadere, che colui, il quale compra in buona fede l'oggetto mobile smarrito o rubato, ne diventi subito proprietario. Pongasi, ad esempio, che il ladro o l' inventore l'abbiano tenuto celato per ben due anni. In questo caso colui, che lo compra, si trova nelle stesse condizioni di chi acquista un oggetto mobile d'altrui spettanza, ma che non sia stato rubato o smarrito. Non è quindi vero, che uno degli elementi necessari a dar vita a questa breve prescrizione sia il possesso biennale. Non occorrendo il possesso, essa non è, e non può essere una prescrizione acquisitiva (2).

Se poi risaliamo ai principii generali della soggetta materia, più aperto e più saldo si rende il nostro concetto. Invero gli articoli 707, 708, 709 hanno per iscopo di regolare la condizione del possessore di buona fede. Il primo di essi dà una specialissima prerogativa al possesso di buona fede, elevandolo ad eccezion perentoria contro *l'actio in rem*, che il proprietario spogliato ingiustamente della sua cosa volesse intentare. L'effetto è istantaneo, anche in favore di colui, che appena appena acquistò il possesso, *etiam qui momento possedit* (3). Se mi si passa il paragone, il più lieve contatto della mano del possessore coll'oggetto da lui acquistato in buona fede, come salutare battesimo, ne purifica il vizio d'origine. L'azione rivendicatoria per virtù di questo passaggio della cosa

---

(1) Ricci, V, 268.
(2) *Idem*, Laurent, XXXII, 583.
(3) Fr. 12, § 7, D. *de Publiciana*, 6, 2.

nelle mani di un possessore di buona fede è *illico et immediate* estinta. Se non che nel caso, in cui il proprietario sia rimasto privo della sua cosa per effetto di un furto o di una perdita casuale, la legge civile è stata più benigna per lui, per ben due anni tenendo viva l'azione reale intesa a guarentire il suo dominio, e permettendogli di esercitarla anche contro il possessore di buona fede. Considerò il legislatore che due anni erano sufficienti per le opportune ricerche ed investigazioni; che dopo tal spazio di tempo dovevano tornare ad imperare quelle ragioni di universale utilità, che avevano dettato la massima: *possesso val titolo;* e che ad ogni modo l'interesse del proprietario, che potrebbe essere colpevole di poco vigilante custodia, era abbastanza tutelato dall'azione personale competentegli contro il ladro e lo sleale ritrovatore. Parmi questo il concetto della legge, e ne desumo che la prescrizione stabilita dall'art. 2146 Cod. civ., come quella che è diretta a consumare un'azione, sia pur reale, debba considerarsi come puramente estintiva. Nel che mi rafferma anche la posizione topografica dell'articolo in quella sezione del Codice che parla delle brevi prescrizioni, che sono tutte estintive. Sarebbe veramente strano, che il legislatore con evidente sfregio delle norme elementari del metodo avesse allogato un'usucapione in compagnia delle prescrizioni estintive.

Mi giova infine di rilevare, che il sistema da me proposto elimina un'obbiezione che il Tartufari ha creduto di sollevare, che cioè, rifiutando alla prescrizione biennale la qualità di acquisitiva, l'acquisto della cosa smarrita o rubata non si giustificherebbe se non come conseguenza indiretta di una prescrizione estintiva. Non posso seguire l'egregio autore nel suo diffuso ragionamento. In altro luogo ho ampiamente dimostrato, che nel diritto civile italiano l'acquisto procede per via diretta dall'usucapione, e non per via indiretta dalla prescrizione estintiva, con cui il possessore si liberi dall'obbligazione di restituire la cosa d'altrui spettanza (1). Nel caso l'acquisto perfetto della cosa mobile, trascorsi i due anni, non si verifica in forza della prescrizione estintiva, e come conseguenza indiretta di essa, ma in virtù della regola che pel possessore di buona fede il possesso di un oggetto mobile val titolo. L'impero di questa era stato sospeso per due anni, durante i quali il proprietario poteva ripetere la sua cosa. Appena cessata questa sospensione, la regola riprende vigore e produce i suoi consueti effetti. E che il legislatore abbia stabilito una semplice sospensione di questi effetti colle norme contenute negli art. 708, 709, dimostra chiaramente il fatto che nell'ipotesi preveduta da questo

(1) Vedi sopra, n. 18.

ultimo articolo non altrimenti è concesso al proprietario di rivendicare la cosa smarrita o rubata, se non rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata. Meglio adunque che una vera *rivendicazione* nel senso proprio della parola, la quale non esige che il possessore, sia pur di buona fede, venga rimborsato del prezzo di acquisto, è un'azione *sui generis*, mediante la quale l'antico proprietario ricupera la cosa, per cui sente una tale affezione, da non dolergli di pagarne il prezzo pur di riaverla.

CAPITOLO VII.

I requisiti della prescrizione acquisitiva.

SEZIONE I.

Il possesso.

SOMMARIO: 94. *Transizione.* — 95. *Concetto del possesso formale.* — 96. *Il possesso non è una presunzione di proprietà, nè un rimedio provvisorio.* — 97. *Breve disamina delle costruzioni storiche del concetto possessorio.* — 98. *Il concetto del quasi-possesso e sua spiegazione.* — 99. *Il concetto del possesso nelle legislazioni moderne a tipo francese ed in ispecie nel Codice patrio.* — 100. *Dell'elemento fisico del possesso. - Compossesso in solido di due o più persone sulla stessa cosa.* — 101. *Sulla stessa cosa sono possibili più possessi diversi per la qualità e per l'oggetto.* — 102. Compossessio pro diviso e pro indiviso. — 103. *Dell'elemento volitivo del possesso.* - Animus domini. — 103*bis*. *Differenze tra* l'animus domini *e* l'opinio dominii. — 104. *Si confuta la proposizione del Troplong, che tutti gli effetti del possesso derivino da una presunzione di proprietà.* — 105. *Possesso e detenzione materiale sono cose disparate. - Si combattono i contrarii argomenti del Luparia.* — 106. *Diritti capaci di essere quasi-posseduti.* — 106*bis*. *I diritti di obbligazione non sono nè secondo i principii nè secondo le disposizioni del Codice italiano capaci di possesso.* — 106*ter*. *E neppure i diritti di stato.* — 107. *Persone che possono possedere.* — 108. *Cose che non possono essere possedute.* — 108*bis*. *La cosa oggetto di possesso dev'essere certa. - Parte indeterminata di cosa certa. - Le parti costitutive di una cosa sono possedute insieme con questa.* — 109. *Delle cose composte.* Universitates facti *e* universitates juris. *Breve disamina del sistema dei Professori Fadda e Bensa (in nota). - Il Diritto Romano ammetteva il possesso dei singoli componenti della* universitas facti, *ma non di questa.* — 109*bis*. *Anche secondo il Codice Italiano non è ammessibile il possesso della* universitas facti. - *Interpretazione dell'art. 694 Cod. civ. - Risposta alle obbiezioni.* — 110. Quid *della* universitas juris? *Opinione del Tartufari.* — 111. *Critica della medesima.* — 112. *Continuazione. - Risposta agli argomenti addotti dai Professori Fadda e Bensa per sostenere l'ammessibilità del possesso del* jus hereditarium. — 112*bis*. *L'azienda commerciale (merci, avviamento, crediti, debiti) non può formare oggetto di possesso.*

94. — Prima d'imprendere l'esame dei requisiti della prescrizione acquisitiva, richiamo l'idea altrove svolta, che ad essa abbisognano questi due soli: Il possesso (legittimo), e la sua continuazione pel

tempo stabilito. Il primo consiste nel fatto di colui che acquista e rappresenta l'elemento attivo dell'usucapione; la seconda, dipendente dall'inerzia del proprietario anteriore per tutto quello spazio di tempo, che le condizioni dei luoghi e della civiltà indicano al legislatore come sufficiente perchè il cittadino possa investigare e difendere i proprii diritti (1), ne rappresenta il lato negativo. Il primo giustifica l'acquisto per parte del possessore; la seconda legittima la perdita del diritto per parte del precedente proprietario.

La necessità di questi due estremi, oltrechè indubitata pel volgare assioma che non v'ha usucapione senza possesso e senza il decorso di un certo tempo, è espressamente sancita dagli articoli 2105 e 2106 del Cod. civ.

Dell'art. 2105 mi sono intrattenuto altrove, sicchè mi basta richiamare il già detto (2). L'art. 2106 suona: " Per acquistare mediante la prescrizione, è necessario un possesso legittimo "; e non è che la riproduzione di quanto avevano insegnato i Romani Giureconsulti: *Sine possessione usucapio contingere non potest. — Haec sine possessione non constitit* (3).

95. — Poche parti del giure furono con tanta cura esaminate, e nessuna ha dato luogo a tante e tanto acri discussioni, a tanti e così vivaci contrasti, come il possesso.

La grandissima difficoltà del soggetto dipende, a parer mio, da questa cagione: che il possesso è nella sua sostanza un fatto materiale, spesso anzi antigiuridico, che viene a poco a poco elevandosi per la virtù informativa che ad esso imprime fin dal suo primo sorgere la umana volontà, e riceve così veste e natura d'istituto giuridico, e si rafferma in processo di tempo nella pertinace e vantaggiosa esplicazione dell'attività individuale riconosciuta e protetta dalla legge.

Il possesso nel suo primitivo significato altro non è che la detenzione fisica ed attuale della cosa. Siffatta nozione, del tutto materiale, era stata avvertita dalla Romana Sapienza. Labeone, siccome ci riferisce Paolo (4), ne aveva fatto il preciso rilievo: *Possessio appellata est (ut et Labeo ait) a sedibus, quasi positio, quia*

---

(1) È il concetto già espresso da GAJO: " Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent; cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium ". Fr. 1, D. *de usucap.*, 41, 3.

(2) Vedi sopra n. 24 e 25.

(3) Fr. 25, *de usurp.*, 41, 3; Fr. 19, D. *ex quib. caus. maj.*, 4, 6.

(4) Fr. 1, pr. D. *de poss.*, 41, 2.

naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχὴν *dicunt.* Questa detenzione, o natural possesso che dir vogliasi, non ha di per sè una significazione od un'efficacia propria, e non ha quindi alcun valore giuridico, ma lo prende a seconda dei rapporti giuridici, con cui si trovi unito o di cui sia una conseguenza. Questo concetto si fa aperto sol che si considerino i varii aspetti, sotto i quali quel fatto ci appare secondo le diverse circostanze in cui si compie. Talvolta si manifesta nell'apprensione e detenzione di cosa, che attualmente non ha, ma che può avere un padrone, ed in tal caso assume la dignità di un mezzo originario di acquisto, in virtù del principio che le cose senza padrone cedono al primo che ne prende possesso. Talvolta poi, anzi, ad essere più esatti, il più delle volte, esso è l'esercizio della proprietà, poichè il precipuo degli attributi, che in essa si accolgono, è appunto la potestà di possedere la cosa. In questo caso il possesso è la visibile manifestazione del diritto competente al proprietario. Tal'altra invece il fatto resta nei termini di una semplice detenzione; ciò che avviene ogni volta che alcuno tiene la cosa per incarico ed a nome del proprietario. Infine havvi una forma di questo fatto, la quale non appoggiandosi ad alcun diritto preesistente, pure unisce alla detenzione della cosa la volontà del detentore di trattarla come se ne fosse il padrone. Al fatto materiale della fisica disponibilità, comune a tutte le varie specie che abbiamo enumerato, si congiunge in questo caso un atto volitivo, indipendente dalla esistenza vera od almeno opinata di un diritto che in esso venga attuandosi (1). Questa forma di possesso per la sola virtù ad essa comunicata dall'umana volontà, che si indirizza all'acquisto dei beni, si erige di rimpetto e contro alla proprietà già certa e già stabilita, e colla durata prefissa dal legislatore giunge a soverchiarla ed a soppiantarla. A questa forma di possesso chiaramente alludeva Ulpiano, quando scrisse: *Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter vero dominus quidem sit, possessor vero non sit, ...* (2); ed altrove: *Nihil commune habet proprietas*

---

(1) L'atto volitivo richiesto da questa forma risiede in uno speciale rapporto tra la volontà individuale e il fatto materiale della detenzione, come meglio si vedrà in appresso. È priva di ogni valore sistematico l'obbiezione del Bruns, che anche la semplice detenzione implichi un'attività volitiva del detentore rapporto alla cosa detenuta; poichè, come fu giustamente risposto dallo Scillamà, Op. cit., pag. 271 e segg., altro è il concorso generico della volontà, che non manca mai in qualsiasi fatto volontario dell'uomo, ed altro è l'atto volitivo specifico del possesso, *strictu sensu.*

(2) Fr. 1, § 2, D. *uti possid.*, 43, 17.

cum possessione (1). Si è appunto questa recisa separazione del possesso dalla proprietà la causa onde quello attinge una speciale efficacia. Se lo si considerasse soltanto come un attributo del dominio, non avrebbe maggiore importanza di qualunque altra delle facoltà che in esso si accolgono, e non richiederebbe dal giure una particolare disciplina.

Lo Zazio prendendo a modello la terminologia usata per designare l'usufrutto, ebbe a chiamare con frase felice *possesso causale* quello unito al dominio. E poichè la denominazione venne approvata dallo stesso Savigny, parmi poterne trarre esempio per appellare *possesso formale* quello di colui che non è proprietario, nè ha altro diritto sulla cosa, quello appunto che costituisce l'oggetto delle nostre ricerche. Parmi che l'espressione, oltrechè corrisponde ad altra già in uso da lunga pezza per dinotare l'usufrutto disgiunto dalla proprietà, serva a scolpire nettamente il concetto di un possesso per sè stante, ed indipendente dall'appoggio di qualsiasi altro diritto (2).

96. — Il possesso formale è il potere fisico che l'uomo esercita su di una cosa, accompagnato dalla volontà di trattarla come padrone, benchè in realtà non gliene spetti il diritto. In sè considerato, poichè sostanzialmente alieno dall'idea di un diritto preesistente che lo sorregga, esso si pone in diretta contraddizione col dominio. Ed è questo l'aspetto, sotto cui ha preso posto nella trattazione del giure (3), e viene disciplinato dalle leggi. Il possesso formale si presenta da sè solo, non suffragato da alcun titolo, non appoggiato ad alcun diritto. Con molta esattezza così si esprime l'Arndts (4): " Il concetto del possesso trasse la sua origine dall'immaginare un rapporto giuridico esteriore fra una persona ed una cosa per cui quella avesse questa in suo potere, in tal condizione da disporne ad esclusione di ogni altro, ed insieme la volontà di tenerla e di dominarla intieramente, quasi ne fosse proprietario, pure sapendo di non esserlo, epperò di non avervi alcun diritto ". In questa intenzione di tenere e dominare la cosa, pur sapendo di non avervi alcun diritto, sta la causa, che dà al possesso un

(1) Fr. 12, § 1 D. *de poss.*, 41, 2.

(2) L'espressione è approvata dal MIRABELLI, Op. cit., n. 207.

(3) Per certo anche la semplice detenzione, come fatto generatore di rapporti tra il detentore e la persona, a cui nome detiene, e i terzi, è produttiva di conseguenze giuridiche. Ma questi effetti della detenzione non trovano luogo nel sistema del possesso.

(4) ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, 1, § 135.

carattere giuridico e lo rende produttivo di conseguenze interessanti l'ordinamento sociale e di benefici effetti pel possessore medesimo (1).

Questo criterio direttivo per apprezzare il possesso e determinarne la natura m'induce a respingere l'opinione che il possesso costituisca uno stato di cose di carattere provvisorio, una presunzione della proprietà ancora ignota, nella cui controversia si presenterà come argomento di prova ed elemento di decisione.

Il Troplong ha strenuamente propugnata tale opinione. Si dibatte un giudizio di rivendicazione: i titoli sono contradditorii, e non si prestano ad una decisione sicura. Eppure una decisione vuol esser presa, perchè i litigi debbono essere decisi ed i diritti stabiliti. In tal caso si ricorre al possesso, il quale fornisce un criterio per la decisione. Indi nasce la necessità di considerare il possesso, astrazion fatta dalla proprietà che è ignota e contrastata: qui sta tutta la ragion logica, per cui il possesso è ricevuto nella legge, come un istituto organico per sè stante. Da queste premesse il Troplong inferisce che il possesso altro non è che un fatto anormale, che trae la sua ragion d'essere dalla massima difficoltà di provare il dominio (2).

Esposi il più succintamente che mi fu possibile la dottrina insegnata dallo Scrittore Francese. È tanto vero che: *nil sub sole novi;* che questa dottrina ha le sue radici negli insegnamenti degli stessi Classici Giureconsulti, tra i quali Ulpiano lasciò scritto: " Exitus controversiae possessionis hic est tantum ut prius pronunciet judex, uter possideat; ita enim fiet ut is, qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur, et tunc de domino (dominio Hal) quaeratur " (3).

Di qui trasse origine un'opinione, che ebbe valorosi seguaci, che realmente il giudizio possessorio non abbia altra virtù che quella di servire come preparazione ed avviamento al futuro giudizio intorno alla proprietà. Quello è la decisione provvisoria diretta a determinare lo *statu quo*, ed a distribuire le parti fra i contendenti; questo è la definitiva. Ma esaminati quei testi alla luce di una critica severa, sono ben lungi dall'avere il significato che ad essi attribuisce questa dottrina. Dal punto di vista storico sono probabilmente una reminiscenza dell'antica *addictio vindiciarum* nel processo vindi-

---

(1) MAREZOLL, *Istituzioni di D. R.*, § 88.

(2) *Prescr.*, n. 224. Confor. BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Op. cit., n. 210 e seguenti.

(3) Fr. 35, D. *de poss.*, 41, 2. Confor. L. 3, C. *de interd.*, 8, 1; Fr. 1, § 2, D. *uti poss.*, 43, 17; Fr. 24, D. *de R. V.*, 6, 1.

catorio primitivo intentato mediante l'*actio legis per sacramentum*. Se così sta la cosa, poichè non spendo questa congettura come una ipotesi probabile e fondata, cade senz'altro l'opinione che combatto. Ma anche a prescindere da simili riflessi, non è meno vero che tutto lo scopo di quei testi sta nell'intento di determinare la posizione delle parti nella procedura di rivendicazione. È risaputo come necessiti di stabilire chi sia il petitore e chi il possessore, per vedere quale dei contendenti dovrà avere l'onere della prova. Ora quando il fatto del possesso attuale è involto in contrasti ed in dubbi, è mestieri ricorrere all'interdetto *uti possidetis* per determinare la posizione dei contendenti, ed in tal caso il processo possessorio si presenta come pura e semplice preparazione dell'imminente giudizio rivendicatorio (1). Il concetto è a chiare note scolpito nel Fr. 1, § 2, D. *uti poss.*, che giova riferire: “ Inter litigatores ergo (quotiens) est proprietatis controversia, aut convenit (inter litigatores) uter possessor est, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est, ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. *Sed si inter ipsos contendatur*, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc si res soli sit in cujus possessione contenditur, ad hoc Interdictum remittentur ” (2).

È perspicuo che questi frammenti contemplano il possesso non come un istituto giuridico ed organico, ma ne prendono ad esame la sola funzione processuale nel suo precipuo effetto di esimere dall'onere della prova. Dedurre da essi che la Romana Giurisprudenza riguardava il possesso come un rimedio interinale imposto dall'incertezza della proprietà, e il processo possessorio come un incidente di quello rivendicatorio, come un avviamento alla celebrazione di questo, è attribuire loro un'intelligenza a cui mal si acconciano perchè viola i confini entro i quali i Giureconsulti avevano circoscritto l'espressione del loro pensiero, e perchè ripugna allo scopo ed agli effetti della procedura interdittale. Non è vero che la pronunzia del Giudice intorno al possesso sia provvisoria; essa al contrario è definitiva come qualunque pronunzia giudiziale; ben inteso, relativamente alla questione decisa.

Nè mi si opponga il possibile evento che, dopo definita la questione del possesso, intervenga un altro giudicato, che dichiari la cosa spettare a colui che fu soccombente nel giudizio possessorio, ed ordini al vincitore di restituirgliela. La possibilità di un

(1) Anzi in questo caso la questione possessoria è un vero incidente della causa principale.

(2) Vedi l. 3, C. *de interd.*, 8, 1; § 4, I, *de interd.*, 4, 15.

evento siffatto non può prestare alcun appoggio all'opinione contraria. Tant'è vero, che il primo giudizio è definitivo, che soltanto la decisione intorno alla proprietà, ed al conseguente *jus possidendi* prevalente sul *jus possessionis* può revocarne gli effetti. Possesso e proprietà sono due istituti distinti. Può avvenire, come insegnò Ulpiano (1), che chi possiede non sia il proprietario. In questa contingenza il proprietario, soccombente nell'interdetto, conserva la facoltà di ricorrere all'azione reale. L'esperire dell'interdetto ed, *a fortiori*, il contraddirvi come convenuto non costituisce certamente rinunzia alla *rei vindicatio*, e quindi il proprietario, quando anche il Giudice del possesso abbia già pronunziato che questo spetta ad altri, ha sempre aperta la via a giustificare la sua proprietà ed a chiedere la restituzione della sua cosa. Giova infine notare che l'eventualità di giudicati contrarii può avverarsi e si avvera in altre ipotesi. Ad esempio, l'erede di Tizio mi chiede la restituzione di una cosa, che Tizio depose presso di me; e sono costretto a restituirgliela. In seguito scopro un testamento, in cui Tizio mi legava quell'oggetto, e lo reclamo coll'azione ex-testamento. Chi dirà che il primo giudicato era puramente provvisorio? (2).

Che se qualche parvenza di ragione potessero per avventura dare alla erronea idea professata dal Troplong i responsi dei Giureconsulti Romani, perfino questa parvenza è esclusa dalla nostra legislazione. Il Codice civile italiano, scostandosi in questa parte dal modello francese, disciplinò il possesso come un istituto individuale per sè stante, e non solo in rapporto colla prescrizione, come aveva fatto il francese. Riunì tutte le norme, che si riferiscono al possesso, in una sola parte, nella quale ne diede la definizione, stabilì le qualità che devono accompagnarlo per diventare legittimo, le azioni che lo tutelano, e gli effetti che ne derivano. Ed il Codice di Procedura ha posto il suggello al concetto della separazione del giudizio possessorio dal petitorio colle disposizioni del suo art. 445.

Insomma tengo per certo e dimostrato che il sistema di diritto positivo, che ci regge, ha considerato il possesso non come una semplice presunzione di proprietà, come un puro fatto da servire per argomento di prova e di decisione nel giudizio petitorio, ma come un istituto giuridico per sè stante, produttivo di importanti effetti colle sole sue forze ed astrazion fatta dai rapporti che possa avere colla proprietà o con altri diritti.

(1) Vedi sopra, n. 95.

(2) Così il Maynz (*Cours de Droit Romain*, I, § 88, *observation*), da cui tolsi l'esempio riferito nel testo.

97. — Come ho avuto altrove occasione di dire (1) io ritengo che proprietà e possesso abbiano nei primi albori della umana civiltà formato una cosa unica ed indistinta ed accetto per completamente vera ed esatta la proposizione di Nerva figlio: " Dominium rerum ex naturali possessione coepisse „ (2). Il possesso si separò dalla proprietà e costituì un istituto autonomo, quando questa assunse i caratteri di perpetuità e di trasmissibilità, che da principio non aveva. La ricerca storica, a mio avviso, può tornare utile se diretta a scoprire quali siano stati i fenomeni politici ed economici che abbiano imposto il possesso come rapporto giuridico distinto dal dominio, e fatto sentire il bisogno di regolarlo con norme sue proprie, allo stesso modo che una ricerca di tal genere può riuscire proficua nello studio di qualsiasi altro istituto.

Ma una tendenza assai diversa si è manifestata presso tutti coloro che del possesso si formano un'idea assolutamente diversa, riguardandolo come un istituto di natura positiva, come un'emanazione del potere legislativo. Questa tendenza ha condotto alla costruzione storica non già delle norme regolanti il possesso, ma dello stesso concetto possessorio. Pur disapprovando nella sua base questo modo di porre il problema, credo tuttavia conveniente un breve cenno delle principali ipotesi che furono immaginate per spiegare la origine del possesso (3). Le congetture che appartengono a cotale sistema hanno questo di comune, che considerano il possesso come un organismo eminentemente positivo, il quale cominciò a vivere il giorno che un legislatore credette opportuno d'infondergli la vita col suo soffio possente. La costruzione storica, come è naturale, si svolge specialmente nel campo del Diritto Romano. Invero i Classici Giureconsulti avevano con amore e con acume elaborato il concetto del possesso formale. Speciali ragioni politiche dipendenti dall'ordinamento della repubblica, e motivi d'ordine legale attinenti alla rigida forma della proprietà quiritaria, avevano reso importante e fecondo di gravi conseguenze il possesso.

Fra queste ipotesi prima ci si presenta quella del Vico, che ripose la genesi del possesso nelle concessioni di terre fatte ai clienti dai patrizii: questi avrebbero conservato la proprietà, quelli avrebbero avuto il possesso. Dalla opinione del filosofo italiano poco si discosta quella dell'Huschke, che ritiene che la proprietà spettasse ai patrizii e il possesso ai plebei. Ma queste ipotesi, per quanto possano trovare un appoggio nelle idee, che informavano

---

(1) Sopra n. 20.
(2) Fr. 1, § 1, D. *de poss.*, 41, 2.
(3) Vedi in proposito la esauriente disamina dello SCILLAMÀ, Op. cit., cap. III.

gli ordinamenti sociali della Repubblica Romana, e nel contrasto tra la plebe e la nobiltà, non hanno una base storica sicura, e sono per di più contraddittorie alla funzione che al possesso vedesi assegnata dalla più antica legislazione romana *(usus auctoritas).*

Il Gans suppose che la tutela possessoria sia stata creata per proteggere l'usucapione iniziata; ma nel raziocinio è insita una contraddizione invincibile, poichè l'usucapione è istituto che dovette necessariamente susseguire e non precedere il possesso.

Una congettura, che ebbe gran seguito, è quella che venne proposta dal Niebhur e fu accettata dal Savigny (1), dal Maynz (2) e recentemente dallo Scillamà (3). È noto che l'*ager publicus* non comportava il privato dominio, come quello che costituiva un patrimonio della Repubblica, la quale ne concedeva ai cittadini l'uso ed il godimento, soggetti però ad essere revocati in qualsiasi momento. Le concessioni fatte ai singoli cittadini non corrispondevano ad una forma giuridica; erano precarie, incapaci e mancanti di tutela legale, ed esposte quindi alle offese senza modo alcuno di ripararsene. La legge non offriva loro garanzia di sorta, perchè essa non tutelava gli interessi materiali. Uno stato così anormale, e le conseguenze inique, che ne derivavano, suggerirono allo spirito inventivo del Pretore la procedura interdittale. La congettura, oltre al fondamento razionale, ne ha uno storico nel fatto che *possessio, possessor, possidere,* erano le espressioni tecniche per dinotare il godimento dell'*ager publicus.*

Malgrado la riverenza a così alti Maestri, non credo accettabile tale congettura. Non è da dubitarsi che l'*ager publicus,* reclamando incessantemente rimedii pronti ed efficaci per la difesa dei molteplici interessi che vi si intrecciavano, così dovette presto attirare l'attenzione del pretore. Ma d'altra parte non solo nessun documento storico viene a sorreggere l'ipotesi che la prima manifestazione del possesso formale abbia avuto per oggetto il godimento precario dell'*ager publicus,* ma anzi stanno contro di essa molti poderosi argomenti tratti tanto dall'ordine giuridico, quanto da quello storico. Fa anzitutto contrasto la stessa nozione giuridica del possesso. Dacchè è indubitato che il possesso vuole l'*animus domini,* non si riesce a comprendere che abbia avuto per sua prima manifestazione un godimento a titolo precario, e su di una cosa che neppur poteva comportarlo, mentre è troppo noto che gli istituti giuridici nel loro primo apparire si affermano nella loro forma più

---

(1) *Possesso,* § 12 *a.*
(2) *Cours de Droit Romain,* § 88.
(3) Op. cit, 1, pag. 103 e segg.

rigida, e vengono tutelati soltanto se hanno tutti i requisiti voluti dal sistema legislativo.

La storia rende una testimonianza decisamente contraria alla teoria del Niebhur, perchè presenta applicazioni del concetto possessorio, che risalgono ai primi tempi della Repubblica. L'*usucapio* apparisce come un istituto antichissimo che precedette la stessa legislazione Decemvirale in cui venne espressamente accolta e disciplinata. Altra manifestazione non meno antica ci offre la *in manum conventio* della moglie mediante l'*usus*. La moglie, benchè avesse contratto un matrimonio libero, cadeva sotto la potestà del marito, *manus*, se era da lui posseduta per un anno senza interruzione (1).

98. — Qualunque sia stata l'origine storica del concetto possessorio, qualunque siano stati i bisogni a cui il Pretore volle provvedere coll'applicare la prima volta la procedura interdittale, certo si è, che collo svolgersi dei rapporti giuridici e coll'elaborarsi dei nuovi istituti, esorbitanti dall'angusta cerchia del *Jus Civile*, anche la nozione del possesso venne assumendo nuovi aspetti e si ampliò grandemente per l'opera indefessa dei Pretori e dei Giureperiti. Fu studiata nelle varie sue faccie e quasi completamente svolta in ogni sua parte logica e giuridica, sì che le posteriori estensioni autorizzate dalle susseguenti leggi Canonica e Statutaria appaiono piuttosto esagerazioni del concetto possessorio, che non sue conseguenze razionali. Si presentò dapprima come elemento sostanziale degli interdetti e della usucapione, assurse a novella dignità nella Publiciana, per virtù della quale il possesso *ad usucapionem* formò il complemento della proprietà bonitaria e pretoria, ed entrò infine come necessario requisito nella *longi temporis praescriptio.*

Se non che un più mirabile progresso nell'elaborazione del concetto ci presenta la sua applicazione ad un ordine di cose, che il principio fondamentale pareva respingere dalla sua comprensione. Di vero nella sua sostanza il possesso equivale alla detenzione della cosa; il possesso è insomma l'atto della fisica insistenza sulla cosa posseduta, come esplicitamente testimoniano Labeone e Paolo. Ciò non pertanto i giureconsulti così attenti ad indagare, e così pronti e felici nello scoprire l'intima ragione degli istituti, s'avvidero che la materiale insistenza sulla cosa non aveva per sè sola un significato e tanto meno un'importanza, e che li acquistava al contrario, come esterna rappresentanza della

(1) Questa specie di usucapione si riteneva interrotta se la donna si assentava dal tetto coniugale durante tre notti. Vedi Maynz, *Droit Romain*, § 338.

proprietà. A che infatti esigere con tanto rigore che concorra l'*animus domini*, se la pretensione di esercitare un diritto non è un elemento essenziale del possesso, non ne costituisce anzi il midollo? Se qualsiasi materiale detenzione equivale a possesso, la *naturalis possessio*, il *naturaliter tenere* dev'essere la generica espressione del concetto possessorio. Ciò assolutamente non è: ed anzi i Romani Giureconsulti hanno la maggior cura di avvertire la differenza e di far risaltare il contrasto tra la *naturalis possessio* e il possesso giuridico, in cui s'incarna l'esercizio della proprietà. Presa una china siffatta, spontanee si presentavano le conseguenze. I diritti reali, come cose incorporali, sono fuor d'ogni dubbio incapaci d'una detenzione sì fatta. Ma di essi alcuni comportano lo stesso continuato ed esterno esercizio che il dominio. E poichè questo esercizio costituisce appunto, almeno nei rispetti giuridici, l'elemento sostanziale del possesso, parve cosa consona alla generale utilità, e non ripugnante ai principii ed alla ragion logica l'estendere anche ai diritti reali il concetto possessorio. La prima e più importante applicazione ebbe per oggetto le servitù urbane. E perchè così sia avvenuto, è agevole a comprendersi, quando si consideri che il possesso della servitù urbana si compenetra con quello dell'edificio dominante, di cui giusta il punto di vista assunto dalla Giurisprudenza essa costituisce una qualità (1).

Se non che i Romani Giureconsulti, sempre rigorosi nella terminologia, non chiamarono *possessio* questa estensione del concetto, loro parendo non potersi usare tale denominazione nei casi in cui manca necessariamente la naturale insistenza sulla cosa (2), ma la appellarono *quasi-possessio* a significare che essa è soltanto un qualche cosa di simile al possesso, perchè è costituita da un semplice esercizio del diritto reale (3).

---

(1) Alle sole servitù urbane ritengo alludesse Celso, benchè le sue parole abbiano un'apparenza di generalità da far credere che tutti i diritti prediali egli avesse compreso nel suo concetto, quando scrisse: *Quid aliud sunt jura praediorum quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?* Fr. 86, D. *de V. S.*, 50, 16.

(2) Fr. 1, pr. D. *de poss.*, 41, 2.

(3) Si è osservato che la terminologia non fu sempre scrupolosamente rispettata e si sono citati i seguenti testi: Fr. 2, § 3, *de precario*, 43, 26; Fr. 3, § 6, *uti poss.*, 43, 17; Fr. 2, *Comm. praed.*, 8, 4; Fr. 10 fin., *si pars. her. pet.*, 5, 4; Fr. 20, *de serv.*, 8, 1. A taluni autorevoli giuristi è sembrato di poter trovare in cotali testi la prova di una più sviluppata evoluzione del concetto possessorio dal mondo fisico al morale, che si andava formando nella coscienza giuridica romana. Vedi Scillamà, Op. cit., 1, pag. 534 e segg. e autori da lui citati. Ma, a tacere che in parecchi dei testi citati non si ravvisa alcuna deviazione dal rigore della nomenclatura, sembra molto più ragionevole il sup-

La spiegazione, che io propongo, della *juris possessio* è diversa da quella insegnata dal Savigny. Il grande romanista, sempre coerente al suo sistema di porre la origine e la sostanza del possesso nella tutela stabilita dal Pretore cogli interdetti, ritiene che la *quasi-possessio* sia nata a questo modo: potendo l'esercizio dei diritti reali essere molestato non meno che quello della proprietà, si sentì la necessità di tutelarlo per mezzo degli interdetti. La protezione interdittale equiparò l'esercizio dei diritti reali al vero possesso, e creò la *quasi-possessio*. La teorica del quasi-possesso presenta quindi lo stesso vizio di tutto il sistema, e cade dinanzi alla inoppugnabile obbiezione che contro questo venne rivolta. Di vero, se il bisogno di proteggere l'esercizio dei diritti reali da violente turbative fu la causa per la quale si creò la *juris quasi-possessio*, perchè il Pretore non provvide a difenderlo con mezzi più pronti ed efficaci che non fossero gli interdetti? A qual pro nuovi mezzi, e diciamolo francamente, neppur adeguati allo scopo, quando l'arsenale delle leggi offriva armi più possenti contro la violenza?

Furono proposte altre spiegazioni storiche del quasi-possesso. Chi opinò che il parallelismo tra proprietà e possesso abbia aperto l'adito a creare un parallelismo dello stesso genere tra diritto reale e esercizio del medesimo. Questa opinione, che sotto un certo aspetto si assomiglia a quella da me professata, non può tuttavia accettarsi, perchè, ove in una consimile idea dovesse rintracciarsi la genesi del quasi-possesso, riuscirebbero incomprensibili i limiti rigorosi assegnati all'istituto dalla legislazione romana. Chi pensò che il quasi-possesso sia stato introdotto pel bisogno di rendere usucapibili le servitù; ma neanche questa dottrina riesce accettabile non solo per la mancanza di ogni fondamento positivo, ma perchè al contrario il sistema della *juris possessio* andò svolgendosi dopo la promulgazione della *Lex Scribonia* (1). Altri infine vide nel quasi-possesso un'affrancazione del concetto possessorio dal materialismo primitivo, ed un ossequio per parte del Pretore a principii di più elevata equità; ma è manifesto che a questa supposizione oppone un ostacolo insormontabile la remota antichità del quasi-possesso delle servitù (2).

---

porre una semplice scorrettezza dovuta più che agli antichi giureconsulti, a coloro che ne manipolarono i responsi, raccogliendoli nella collezione giustinianea.

(1) Vedi sopra n. 7.

(2) Per maggiori particolari su queste varie teoriche, conf. SCILLAMÀ, Op. cit., pag. 536 e segg.

Senza disconoscere l'influenza che i bisogni pratici dovettero esercitare sull'evoluzione del concetto possessorio, stimo piuttosto che l'estensione del possesso ai diritti reali siasi operata in virtù dell'elaborazione scientifica. Gl'istituti giuridici hanno le loro radici nelle quotidiane esigenze; le consuetudini dànno loro la prima forma, la quale, corretta poi ed ampliata dalla trattazione scientifica, viene adottata dai legislatori, che ad essa conferiscono la dignità di disposizione di legge. Questa a me pare la via costantemente seguìta dalla Romana Giurisprudenza, e mercè la quale raggiunse un sì alto grado di perfezione e di consistenza da sopravvivere alla caduta dell'Impero, e da formare oggidì ancora un argomento di ragione ed una misura di precisione per rettamente interpretare ed applicare le leggi vigenti, che tutte più o meno direttamente derivano da essa.

Il concetto della *quasi-possessio*, in cui veniva affinandosi l'idea originaria del *possesso,* fece sentire la sua influenza su tutta la materia dell'usucapione, come dicemmo nei cenni storici. Fu ammesso che, come la proprietà, così anche i diritti reali potessero acquistarsi mediante la prescrizione acquisitiva. Di tal guisa Giustiniano potè stabilire in forma di regola generale: *Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales quae in jure consistunt, veluti ususfructus et caeterae servitutes* (1).

99. — La nozione della *quasi-possessio* venne completamente trasformandosi nelle legislazioni medioevali. I limiti, entro i quali la classica giurisprudenza l'aveva coartata, furono oltrepassati; e la cerchia del possesso andò continuamente ampliandosi, tanto da finire per abbracciare anche parecchie categorie di diritti, che prima ne erano state assolutamente escluse. I Romani Giureconsulti, come fu di già osservato, avevano applicata la difesa possessoria ad alcuni diritti reali, il cui esercizio presentava una conformità concettuale colla detenzione della cosa corporale; e su questa analogia rigorosamente voluta avevano con un sistema logico e adeguato ai bisogni pratici fondato quell'estensione dell'organismo possessorio, a cui avevano dato il nome di *quasi-possessio.* Nel Diritto Canonico la terminologia è ancora conservata, ma la sostanza è mutata. La *juris-possessio* fu ammessa per le dignità e per gli ufficii ecclesiastici e per qualsiasi diritto ad esso congiunto; pei beneficii, per le prebende, pel patronato, per la facoltà di nomina a cariche e ad ufficii, per le regalie, pei diritti di signoria, di supremazia, di giurisdizione; pei diritti diocesani, per le decime e in genere per

(1) L. 12 *in fin.*, C. *de praescript. longi temp.*, 7, 33.

tutte le ragioni ecclesiastiche. Fu anche ammessa pei rapporti personali di carattere pubblico (qualità di signore, di cittadino, di suddito). A questa applicazione del concetto possessorio nel campo del diritto pubblico corrisponde il suo allargamento in quello del diritto privato; poichè divennero oggetto di possesso i rapporti attinenti all'ordinamento della famiglia (matrimonio, paternità) e quelli derivanti dall'esercizio di diritti d'obbligazione (1).

Le innovazioni introdotte dal Diritto Canonico, sia per la indiscussa autorità della sorgente, donde provenivano, sia perchè rispondevano ad una necessità effettiva cui non si sapeva in miglior guisa provvedere (2), vennero accettate dalla pratica e assunsero il carattere di *jus commune*. Così il quasi-possesso divenne per ogni parte del diritto il sostitutivo di un'infinità di altri istituti, e la tutela quasi-possessoria prese il luogo di altri rimedii giuridici. Scomparve la *juris quasi-possessio* della Romana Legislazione, e ad essa sottentrò una *possessio jurium;* un possesso di nuova formazione con un contenuto diverso e con effetti diversi del pari.

Se tutto questo agevolmente si spiega come effetto delle condizioni dei tempi, nel campo teorico non apparisce degno dell'elogio, che si ebbe anche da insigni giuristi (3). Io non riesco a capacitarmi che in questa soverchia estensione, la quale rappresenta una vera degenerazione grassa dell'istituto, si possa scorgere una spiritualizzazione dell'organismo del possesso, una sua elevazione da uno stato materiale e rude al suo vero naturale concetto. Molto più ragionevole mi sembra di vedervi precisamente il contrario, poichè non fu spiritualizzato il concetto del possesso, ma fu invece materializzato quello dei diritti non collegati col godimento del suolo, non aventi per loro contenuto l'attuazione di una volontà individuale diretta ad esercitare una signoria sulla cosa. Questa materializzazione si manifesta sopra tutto nell'applicazione del possesso ai diritti pubblici e famigliari, il cui esercizio secondo i

---

(1) È disputato se l'innovazione relativa alle obbligazioni abbia avuto per oggetto soltanto le obbligazioni che importavano una serie successiva di prestazioni periodicamente esigibili o eziandio quelle che si esaurivano in un'unica prestazione. Vedi WINDSCHEID, § 464, nota 5. — Conf. inoltre sulle innovazioni del Dir. Can. e Comune, SAVIGNY, § 49 e SCILLAMÀ, Op. cit., pag. 130 e segg., pag. 542 e segg.

(2) Prendasi ad es., il famoso canone *Redintegranda* (c. 3, C. 3, q. 1), da cui ebbe la sua origine l'azione di spoglio. La disposizione in esso contenuta è giustificata dagli scismi e dalle lotte che travagliavano la Chiesa e rendevano spesso difficile lo stabilire il diritto dell'investito della dignità episcopale. Alcuni secoli dopo quel canone sarebbe apparso un fenomeno mostruoso.

(3) WINDSCHEID, l. c. — SCILLAMÀ, ll. cc. e autori ivi indicati.

principii non può ritenersi produttivo di alcun effetto se non si trova congiunto ai titoli, da cui secondo l'ordinamento giuridico imperante debbono derivare. Lo stesso fenomeno si manifesta, sebbene in minor misura, nei diritti patrimoniali di obbligazione (1). Il concetto del possesso, non ostante la sua degenerazione, fu mantenuto teoricamente quale era stabilito dalla Giurisprudenza Romana; furono invece contorti quei diritti per poterli forzatamente introdurre nell'orbita limitata dell'istituto.

I Codici moderni, che furono compilati dopo che il soverchio svolgimento difforme dai principii era stato avvertito e censurato, accettarono la nozione del quasi-possesso, ma la ricondussero entro i limiti imposti dalla ragion logica e giuridica. Ciò che essi ottennero pareggiando completamente la *quasi-possessio* ed il possesso, fondendoli anzi assieme, e dimostrando così che l'una e l'altro debbono avere gli stessi requisiti (2).

Il Codice Francese, primo in ordine cronologico, definì il possesso per la " détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ". I Codici Albertino ed Italiano hanno letteralmente riprodotto tale definizione. L'articolo 685 del nostro Codice così suona: " Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto che uno ha o per se stesso o per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui ".

L'innovazione più importante, che il patrio Legislatore abbia compiuto in questa materia, è stata quella di farne un istituto individuale per sè stante, indipendente da qualsiasi rapporto o connessione con altri istituti; laddove i Codici precedenti (a tipo francese) ne avevano fatto un elemento della prescrizione, trattandone soltanto nella parte destinata a disciplinare quest'ultima, quasi che tutta l'importanza del possesso e tutta la sua ragion d'essere dipendessero dal rapporto che l'unisce alla usucapione. La modificazione introdotta nel nostro Codice non è soltanto di forma, ma penetra nelle viscere stesse del soggetto. Di fatto, se è vero che il possesso costituisce l'elemento precipuo dell'usucapione, è pur vero che è fecondo di altre importantissime conseguenze, come sono le azioni possessorie di uso quotidiano, l'acquisto dei frutti, l'acquisto dei mobili. E stimo anche ben scelto il posto che gli fu assegnato, cioè una sezione del libro secondo, ove si tratta dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni. Qual luogo più ac-

---

(1) Vedi quanto ai diritti di obbligazione infra n. 106[bis].

(2) Vedi Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 199.

concio a disciplinare il possesso, che tanta influenza esercita sulla proprietà e sui diritti reali e che è un mezzo di acquistarli, di quella parte del Codice, dove sono scritte le norme generali concernenti cotali diritti? (1).

100. — La definizione data dal Codice mostra chiaramente che vi fu accolta nella sua sostanza la nozione, che era stata stabilita dal Diritto Romano. È ancora oggidì, di rimpetto alla legge civile che impera, completamente vero, che il possesso è la riunione di due elementi: fisica disponibilità della cosa; volontà di disporne come padrone.

La fisica disponibilità comprende le potestà di ripetere a piacimento gli atti possessorii, e di escludere ogni altra persona dall'esercitare sopra la cosa posseduta un potere qualsiasi (2).

La piena disponibilità porta alla conseguenza che la *plurium in solidum possessio* ripugna all'idea stessa del possesso (3). Veramente i Romani Giureconsulti non erano d'accordo nel definire il carattere del compossesso in solido. Pare che siavi stato dissenso fra le due scuole. La Sabiniana riteneva possibile il concorso di due possessi sulla stessa cosa, purchè non fossero tutti e due giusti, nè tutti e due ingiusti (4). Ma Labeone reputava cosa assurda e *contra naturam* che più persone abbiano contemporaneamente il possesso del medesimo oggetto: " Contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris "; ed ancora: " non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris " (5). La dottrina insegnata da Labeone

---

(1) È stato censurato il patrio legislatore per aver fatto susseguire la disciplina del possesso e quella della proprietà e dei diritti reali. Vedi Scillamà, Op. cit., 1, pag. 310 e autori ivi citati. La censura parmi giusta, perchè il possesso è il germe della proprietà: tuttavia è bene rilevare che l'errore è puramente di metodo e improduttivo di qualsiasi effetto.

(2) Nel testo mi riferisco al possesso che abbraccia la cosa in tutti i suoi rapporti. In genere però l'esclusione di ogni potere estraneo si deve limitare a quei poteri che sono in contrasto col contenuto del possesso.

(3) Windscheid, § 152, 3.

(4) Fr. 19, pr. D. *de precario*, 43, 26: " Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere, aut clam; nam neque justae, neque injustae possessiones duae concurrere possunt ". Vedi anche Fr. 3, § 5, D. *de poss.*, 41, 2.

(5) Cit. Fr. 3, § 5, D. *de poss.* Il concetto scolpito in questo Fr. è ripetuto dalla C. C. di Palermo nella sua decisione delli 17 luglio 1884. Est. Fulci (*Legge*, 1885, 1, 667). " Importa notare che la *possessio duorum in solidum* più che un divieto di legge, è assurda. Nell'ordine di esistere è una impossibilità

fu accolta da Celso, suo discepolo (1) e da Paolo. Ulpiano non fu costante nelle sue opinioni; nel Fr. 3, § 5, *commodati*, riferisce ed approva la sentenza di Celso; invece nel Fr. 3, pr. D. *uti possidetis*, pare accostarsi a quella proclamata da Sabino, Trebazio e Giuliano. Ed è anzi Ulpiano che ci apprende la ragione di tutta questa disputa: " Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet ac si possideret, cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat „ (2). La concessione dell'interdetto *de vi* allo spogliato era dunque un equivalente del possesso pei Sabiniani, mentre i loro avversarii, più strettì alla nozione primitiva del possesso, non ammettevano la finzione, per cui lo spogliato si suppone ritenere il possesso, finchè gli spetta la facoltà di ricuperarlo.

Secondo la legge civile imperante soltanto allora si ritiene interrotto il possesso, che il possessore ne sia stato privato per più di un anno, di guisa che per ricuperarlo gli basta di esercitare le azioni possessorie durante l'anno dallo spoglio. Queste disposizioni fanno rinascere la stessa controversia: Chi possiede durante l'anno? Lo spogliatore o lo spogliato? Oppure tutti e due? Quegli per così dire di fatto, questi di diritto perchè ha la facoltà di ricuperare il possesso mediante l'azione di reintegra? La risposta a simile quesito mi pare meno facile di quello che abbiano pensato Paolo e Labeone. L'applicazione della legge fisica dell'impenetrabilità dei corpi, su cui s'appoggiava il concetto originario del possesso invocato dai due Giureconsulti, fu temperata dalla finzione introdotta dalla legge civile, per cui taluno ha il possesso giuridico anche senza l'attuale detenzione della cosa. La conseguenza rigorosa dell'opinione professata da Labeone e da Paolo sarebbe questa: che il possesso si considerasse come irremissibilmente perduto, non appena avvenuto lo spoglio. Ciò non è; se lo spogliato intenta nel termine utile l'azione di reintegra, il suo possesso si reputa non interrotto. Il nodo non si può sciogliere se non aspettando che decorra il termine utile; sì che intanto resta in sospeso chi possieda. L'evento e l'esito dell'azione diranno chi fu il possessore. Se vince lo spogliato, egli s'intende aver sempre mantenuto l'antico possesso: se trionfa lo spogliatore, il suo possesso si considera

---

e mal s'intende, e molto meno può immaginarsi. Non v'ha chi possa esclusivamente mettersi nel tutto, senza spostare del tutto colui che si trova nel tutto „.

(1) Fr. 5, § 15, D. *commodati*: " Et ait (Celsus) duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse „.

(2) Fr. 17 pr. D. *de poss.*, 41, 2. Vedi Savigny, *Poss.* § 11; Windscheid, § 152, nota 13.

per cominciato fin dal primo momento, e dal medesimo momento si reputa cessato quello del precedente possessore. In questo solo senso è vero, *duorum quidem in solidum possessionem esse non posse*; per quanto sia vero d'altra parte che vi ha un tempo in cui è dubbio quale dei due sia il vero possessore (1).

101. — La impossibilità della *compossessio in solidum* di più persone non toglie che la stessa cosa possa costituire l'oggetto di parecchi possessi distinti, che abbiano scopi ed effetti diversi. Questa concorrenza di più possessi ha la sua causa nelle limitazioni, a cui può andare soggetta la proprietà, e nella conseguente pluralità di diritti, che sulla medesima cosa vengono ad esplicarsi. Pongasi ad esempio, che Cajo sia il legittimo possessore di un fondo e che nello stesso tempo Tizio vi eserciti una servitù di passaggio, e Sempronio una servitù di acquedotto. Ciascuno di essi ha un possesso particolare, che corrisponde al diritto da lui esercitato. Il nostro concetto è reso anche più manifesto dalla situazione dell'usufruttuario e dell'enfiteuta. Essi in virtù del loro diritto hanno la *juris possessio;* ma ad attuare questa, loro necessita la materiale detenzione del fondo. Essi non posseggono il fondo, ne sono detentori a nome e nell'interesse del proprietario.

La quale condizione dell'usufruttuario, già indicata dai Romani Giureconsulti (2), venne egregiamente messa in luce dalla sentenza citata della C. C. Palermo (3): " Non è *possessio duorum in solidum* quella dell'usufruttuario e quella del proprietario. L'usufruttuario possiede legittimamente il diritto di godere della cosa o meglio ha il godimento legittimo del diritto reale di usufrutto, mentre il proprietario possiede legittimamente la cosa per mezzo dell'usufruttuario, il quale detiene la proprietà della cosa in nome di lui. Come l'oggetto del diritto, così l'oggetto del possesso dell'uno e dell'altro è distinto e diverso. L'uno ha la *quasi-possessio juris*, l'altro la *possessio rei* ".

102. — La *compossessio plurium in solidum* non va confusa colla pluralità dei possessori, ciascuno dei quali possegga una parte materiale od ideale di una cosa. Le due ipotesi si dinotavano dai Romani coi classici nomi di *possessio pro diviso*, riferentesi a parti materialmente distinte, e di *compossessio pro indiviso* designante l'unione di quote ideali nell'unico possesso a più persone spettante

(1) Confor. BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Op. cit., n. 206.
(2) Fr. 12, D. *de poss.*, 41, 2, e CUJACIUS, 18, *obs.* 24.
(3) Sent. 17 luglio 1884, *Legge*, 1885, I, 667.

della stessa cosa. Ad essere precisi, la denominazione di *compossessio* non conviene che alla *compossessio pro indiviso* come quella che è realmente un solo ed identico possesso avente molti soggetti. La *compossessio pro diviso* in realtà ha tanti diversi oggetti, quanti sono i distinti possessi. Volgarmente suolsi dire: Tizio e Cajo posseggono i piani di quella casa, le varie parti di quel fondo; ma in realtà i possessi sono tanti quanti i possessori. Nella natura, ad eccezione dei corpi individuali che hanno un organismo a sè, tutte le cose omogenee e fra loro contigue non sono che parti di un sol tutto. Un campo non è cosa che esista di per sè; la sua esistenza separata, individuale è una finzione creata dai limiti artificiali entro cui l'ha racchiusa l'uomo. Segue che ogni parte di questo tutto, ove sia separatamente posseduta, viene a costituire un tutto (1).

103. — L'altro elemento del possesso è la volontà di tenere la cosa per sè, o di esercitare a proprio nome quell'altro diritto reale, che forma l'oggetto della *quasi-possessio* (2). È, come si dice colla classica frase, l'*animus rem sibi habendi*.

Questa volontà di signoreggiare la cosa è l'elemento vivificatore del possesso, che lo distingue dalla materiale detenzione, e additandolo all'attenzione del legislatore, lo solleva dalla condizione di un puro fatto a quella di un istituto giuridico. Ovunque senza violazione dell'ordine pubblico si palesa e si attua l'umana volontà, ovunque senza violentare l'altrui diritto e senza trascendere i confini imposti dalla legge penale, l'attività dell'individuo s'indirizza all'acquisto dei beni, per farne in conformità dei naturali bisogni argomento di benessere per sè e per gli altri, ivi l'autorità sociale corre pronta ad aiutarle e proteggerle, finchè altri munito di un diritto prevalente non insorga a dimostrare ingiusta ed a lui dannosa cotale esplicazione dell'umana operosità.

---

(1) È quanto insegnava Quinto Mucio: " Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem sed totum esse ". Fr. 25, § 1, D. *de V. S.*, 50, 16. Ed Ulpiano, seguendone l'insegnamento, scrisse che la parte *pro-diviso* di un fondo costituisce un fondo: *quia non est pars fundi sed fundus*. Fr. 6, § 1, D. *comm. praed.*, 8, 4.

(2) Il Windscheid, § 149, come elemento morale del possesso richiede la volontà di appropriamento. Se questa volontà è qualche cosa di diverso dalla volontà di tenere la cosa per sè, come apparirebbe dalla definizione che ne dà l'A., in tal caso a me sembra che egli esiga pel possesso un requisito che non è imposto dalle disposizioni positive sia del Diritto Romano sia di quello Patrio, e che non è necessario secondo i principii. Il possessore avrà o non avrà l'idea di appropriarsi la cosa; ciò che importa è che egli abbia la volontà di tenerla per sè, di disporne da padrone, *omnia ut dominum gerere*.

103[bis]. — La volontà di tenere la cosa come propria è ben diversa dal convincimento di esserne proprietario. L'*animus domini* non è la *opinio dominii;* quello ha per suo sostrato il palese intendimento di signoreggiare la cosa; questo si appoggia alla persuasione di averla legittimamente acquistata; quello ha la sua sede nella volontà; questa nella intelligenza; quello basta, agli effetti che stiamo indagando, a tener luogo di un diritto; questa invece, per quanto scusabile l'errore onde proviene, non supplisce al titolo legittimo, che manca. Tali le differenze fra l'uno e l'altra (1). Ma giova notare che andrebbe lungi dal vero chi supponesse che non possano mai andare di conserva. L'*animus domini* non è di sua natura alieno dalla convinzione della esistenza di un diritto che lo sorregga. Anzi la legge riconosce una specie di possesso importante pei suoi effetti, in cui debbono concorrere l'*animus* e l'*opinio*. È il possesso di buona fede necessario all'acquisto dei frutti ed alla usucapione decennale. Questo possesso, che io chiamerei qualificato, non ha alcuna necessaria relazione coi principii generali che dominano il possesso formale, e richiama una speciale attenzione solo per le conseguenze singolari di cui a tenor di legge è feconda la *justa causa* alla quale è associato. Di vero la persuasione del proprio buon diritto, che tutta si consuma nel soggetto, e non equivale alla esistenza del diritto, non può comunicare al possesso, di cui è una qualità estrinseca, una virtù che essa non ha. Donde segue che la quantità e l'importanza degli effetti ripetono la loro origine dal disposto positivo della legge civile, e non da un particolare carattere, che assuma il possesso, quando è accompagnato dalla buona fede.

104. — Le discorse ragioni c'inducono a rigettare come difforme dai retti principii la proposizione insegnata dal Troplong, ed accettata da altri scrittori, che tutti gli effetti del possesso debbano attribuirsi alla proprietà che esso fa presumere. Dimostrai sopra (n. 96) contraria alla ragion logica ed al diritto storico la teoria che ravvisa nel possesso una presunzione di proprietà: anche più agevole mi torna il provare che questa presunzione non ha parte alcuna negli effetti che da esso provengono.

La massima *beati possidentes* coi settantadue beneficii generati dal possesso spadroneggiò nel campo del giure, fino a che il Savigny dimostrò che i veri effetti del possesso non sono che due soli: le azioni possessorie e l'usucapione (2). Di vero, a toccare il

(1) Conf. C. C. Napoli, 24 febbraio 1884, *Legge*, 1884, 2, 263.

(2) *Possesso*, §§ 2 e 3. Il WINDSCHEID § 148 tra gli effetti del possesso anno-

più brevemente possibile di questa materia, l'acquisto dei frutti è un favore largito alla buona fede ed un compenso al lavoro compiuto colla coscienza di essere proprietario. La dispensa dall'onere della prova non è un favore accordato al solo possessore, ma è un corollario delle norme comuni della procedura giudiziaria.

Solo le azioni possessorie e la usucapione derivano dalle viscere del possesso, poichè tanto le prime quanto la seconda hanno per loro necessario requisito un possesso formale, e procedono in favore del solo possessore. Ma tanto le une quanto l'altra, ben lungi dal desiderare a proprio fondamento una presunzione di proprietà, recisamente la ripudiano. Di fatto le azioni possessorie si sperimentano utilmente contro il proprietario, il quale non è neppure autorizzato ad opporre l'eccezione liquida del dominio. Strana invero questa immaginata presunzione di proprietà, che non cede neppure alla prova lampante del contrario, e che ha per suo precipuo scopo di metter fuori di combattimento il legittimo proprietario.

La usucapione è la più splendida confutazione della teoria del Troplong, poichè usucapisce anche chi è in mala fede. Indarno a sorreggere il suo assunto allega il Troplong che anche in questo caso il possesso “ si convertirà per forza di una presunzione *juris et de jure* simile alla precedente in un diritto sacro ed inviolabile „ (1). Un simile argomento si confuta da se stesso: il possesso si converte in diritto inviolabile non per virtù di presunzioni, delle quali non v'ha ombra in alcun testo di legge, ma perchè il possesso durato quel certo tempo è un mezzo legittimo di acquisto.

Non gioverebbe obbiettare che la presunzione è sancita dall'art. 687 del Codice civile in virtù del quale si presume ciascuno possedere per sè ed a titolo di proprietà. Il dettato ci mette sott'occhi una di quelle scorrezioni di eloquio, che sono tanto frequenti nei Codici moderni. Rettamente inteso l'art. 687 ha un significato che non presta alcun sostegno all'opinione del Troplong. Esso volle

---

vera l'acquisto della proprietà per occupazione e tradizione, osservando, ib. nota (9), che è bensì vero che qui il fondamento della proprietà non è il possesso come stato di cose speciale, durevole, ma che non cessa perciò di essere il possesso l'elemento produttivo della proprietà, sebbene unito a qualche cosa d'altro, come succede anche per l'usucapione. Ma poichè appunto qui si considera il possesso “ come stato di cose speciale e durevole „ il ragionamento del Windscheid è privo di ogni valore. Del resto a voler tener conto di tutti i rapporti giuridici, in cui ha parte il possesso, si ritorna ai 72 beneficii possessorii della Giurisprudenza medioevale.

(1) *Prescr.*, n. 227.

con un'energica frase stabilire che il fatto materiale della detenzione si suppone accompagnato dall'*animus domini;* non già sancire che il possesso includa la presunzione di un titolo legittimo, in virtù del quale si possegga. Una presunzione siffatta avrebbe trovato il suo luogo in quella parte del Codice, ove si accolgono le norme generali che governano la proprietà; ma non in quell'altra ove si tratta del possesso, e lo si disciplina come istituto individuale per sè stante, ed indipendentemente da qualsiasi diritto, a cui sia raccomandato. Il *jus possessionis* non è simbolo del *jus possidendi,* neppur ora malgrado lo scorretto testo dell'art. 687 Codice civile: ed oggi ancora, come nella Romana Giurisprudenza, ove il possesso ebbe culla ed educazione, sono veri i responsi di Venulejo e di Ulpiano: " *Nihil commune habet proprietas cum possessione* „. " *Nec possessio et proprietas misceri debent* (1) „.

105. — Anche più strana apparisce l'altra opinione dal Troplong strenuamente propugnata, che il moderno Diritto non faccia più alcuna distinzione tra il possesso formale e la semplice detenzione (2). Se il Troplong fosse stato invitato a conciliare questa sua opinione col fondamento da lui posto a tutto il sistema del possesso, egli stesso sarebbe stato non lievemente impacciato. Se per lui il possesso null'altro è che una presunzione di proprietà, come può poi sostenere, che è possesso anche la nuda detenzione, la quale respinge a lume di evidenza fin l'ombra di quella presunzione? La contraddizione non potrebbe essere più flagrante. L'errore non è nuovo, e prima del Troplong era stato commesso da un altro grande Giureconsulto, il Vinnio, che venne giustamente ripreso dal Voet, le cui parole giova riferire: " Quod vero Vinnius, *select. quaest., lib. 2°, cap. 36,* possessionem ait esse rei corporalis detentionem, cui inest affectus vel proprio *vel alieno nomine* rem tenendi, ad possessionem proprie dictam, de qua hoc in titulo tractatur, relationem non habet, eo quod illi, qui habent animum rem alieno nomine tenendi, non tam possessores, quam potius nudi detentores sunt, alienae possessioni ministerium praebentes, in possessione existentes; nec idem est possidere et alieno nomine possidere, *l. quod meo,* 18, pr. D. *de poss.*, 41, 3; § *possidere,* 5, I, *de interdictis; l. nec ullam,* 13, § *si quis absentis,* 12, D. *de petit. hered.*, 5, 3 (3).

La dottrina del Troplong venne con stringente argomenta-

(1) Fr. 12, § 1, Fr. 52, D. *de poss.*
(2) *Prescr.*, n. 218.
(3) Voet *ad Pand., de adq. vel amit. poss.*, 41, 2, n. 1.

zione confutata dal Laurent (1), che la dimostrò contraria alla tradizione della scuola francese, agli insegnamenti degli antichi Giureconsulti e specialmente del Domat e del Pothier, e ripugnante alla lettera ed allo spirito della legge positiva.

Questa dottrina, che sembrava oramai caduta, venne fra noi di bel nuovo risuscitata dal Luparia che fu un valoroso cultore delle scienze giuridiche, e di quella parte in ispecie che concerne il possesso. In una sua monografia (2), egli ha ritentato di giustificare la tesi del Troplong aggiungendo agli argomenti già addotti altri nuovi ed anche più ingegnosi. Giova quindi esaminare la questione, che è di capitale importanza.

Il Luparia, in ciò seguendo il Troplong, dalla dicitura adoperata in parecchi testi del Codice civile, inferisce che il Legislatore abbia abbandonato il sistema sancito dal Diritto Romano. L'argomento non è solido, perchè il Codice non è sempre un modello di rigoroso eloquio. Occorrono talvolta disposti, in cui l'espressione non corrisponde esattamente al concetto che si voleva esprimere. Tali scorrezioni non mancano neppure nella materia del possesso, benchè trattata con maggior cura. Ad esempio, le parole possesso, possessore, possedere, sono adoperate in due significati molto diversi; l'uno scientifico e tecnico, che corrisponde alla *possessio* ed al *possidere* del Diritto Romano; l'altro più ampio, che comprende col possesso vero anche la semplice detenzione. Inoltre a meglio infirmare un argomento siffatto valgono due osservazioni di non piccolo momento. La prima è questa: che quando il legislatore adopera i detti vocaboli in un senso volgare, ha cura di avvertire che si tratta di un possesso in altrui nome (art. 687, 2115 e 2117 Cod. civ.). La seconda è questa: che quando il legislatore volle definire il possesso, alle qualità, che esso deve avere, espressamente aggiunse la volontà di tenere la cosa per sè, mostrando a chiare note che dalla comprensione del possesso è respinta la nuda detenzione, e che l'appellativo di possessori non si conviene a coloro che detengono in altrui nome. Come meglio poteva il legislatore scolpire il suo concetto, che la detenzione della cosa scompagnata dall'*animus* di averla per sè è ben diversa dal possesso giuridico? Se altro fosse stato il suo intendimento, non era più semplice e più chiaro il dire che il possesso è la detenzione della cosa o l'esercizio del diritto tanto in proprio quanto in altrui nome? E non è infine da tacere che l'argomento addotto dal Luparia fa il massimo

---

(1) XXXII, 263. Vedi anche Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 196 e autori ivi citati; Cimbali, *Del Possesso per acquistare i frutti*, 2 ed., n. 15 e segg.

(2) Vedi *Legge*, 1881, I, 392.

dei torti al legislatore, supponendo che egli abbia nel medesimo testo accoppiato termini fra loro cozzanti. Ma la supposizione è infondata: di rimpetto alla lettera ed allo spirito della legge civile la nuda detenzione ha soltanto valore come esercizio dell'altrui possesso.

Ad un'obbiezione più grave, almeno in apparenza, offre il fianco il testo dell'art. 686 del Codice civile, il quale nello stabilire i requisiti, che il possesso legittimo deve avere, richiede anche quello *dell'animo di tener la cosa come propria;* donde si argomenta che se il legislatore ha fatto dell'*animus rem sibi habendi* un carattere distintivo del possesso legittimo, vale a dire della specie, non può aver voluto farne un requisito di ogni possesso giuridico, cioè del genere. L'obbiezione cade, sol che si ricordi che le leggi moderne non sempre osservano e mantengono il rigore della terminologia. Non è quindi da meravigliarsi che nella definizione della specie si trovi, come carattere distintivo, richiesta una qualità, che è già supposta dal genere in cui essa è compresa. Ad ogni modo la definizione del genere dato dall'art. 685 Cod. civ. ci persuade che l'*animus domini* è un requisito non del solo possesso legittimo, ma del possesso giuridico in genere.

Infine il Luparia ricorre a quest'altro argomento. L'erede continua di diritto il possesso dell'autore, anche senza la materiale apprensione delle cose ereditarie, in virtù del principio introdotto dalle consuetudini barbariche: *le mort saisit le vif.* Questo possesso, che non richiede la materiale detenzione delle cose, si chiama possesso di diritto ed è tutelato dalle azioni possessorie, come il possesso ordinario. Ora, se è ammesso una sorta di possesso siffatto, che non include la detenzione delle cose possedute, perchè razionalmente non ve ne può essere un'altra specie, che includa bensì la detenzione, ma non l'*animus possidendi?* L'argomento è abilmente trovato, ma poggia intieramente su di un equivoco. È vero, che la nostra legge civile ha adottato il principio *le mort saisit le vif,* del che fanno fede gli art. 925 e segg. Cod. civ. Ma il principio, ben lungi dall'essere un'importazione delle costumanze barbariche, era già conosciuto ed in parte accolto dalla Romana Giurisprudenza. Sonvi testi che formalmente ne sanciscono l'applicazione al possesso ad *usucapionem;* ad es. il Fr. 30 pr., D. *ex quibus caus. mai.*, 4, 6: " Cum miles qui usucapiebat decesserit, et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt servanda sint, *quia possessio defuncti, quasi juncta, descendit ad heredem*, et plerumque, nondum hereditate adita, completur " (1).

(1) Fr. 40, D. *de usucapionibus;* Fr. 31, § 5, *eod.*; Fr. 6 *in fin.*, D. *pro em-*

Ad ogni modo quest'ampliazione delle conseguenze provenienti dalla successione universale a causa di morte, qualunque sia la sua origine, non può fornire un valido sostegno alla tesi avversaria. L'erede non ha bisogno di compiere alcun atto di apprensione delle cose ereditarie, poichè il possesso in lui trapassa *ope juris* come ogni altro diritto ereditario. Ma questo necessario trasferimento non ha l'effetto immaginato dal Luparia di creare una specie anormale di possesso che sia priva dell'elemento fisico. Per converso l'erede, dopo avere acquistato il possesso per virtù di legge e nello stesso momento, in cui si apre la successione, trovasi posto nella medesima condizione del suo autore, la cui personalità egli continua, e deve quindi avere la fisica disponibilità dei beni ereditarii, per potersene dire possessore.

Se non che pur concesso che gli articoli 925 e segg. Cod. civ. abbiano l'intento di creare un possesso, per così dire, ideale, che si regga sulla sola volontà di possedere, è tuttavia sempre vero, che disposti sì fatti appartengono al *jus singulare,* e non valgono quindi a giustificare l'illazione, che sotto colore di analogia vorrebbe desumerne il Luparia, della compatibilità di un possesso privo dell'*animus rem sibi habendi* col concetto possessorio sanzionato dal Codice.

106. — Determinata così la nozione del possesso, passo a vedere quali sono i diritti che ne possono formare oggetto. L'inda-

---

ptore, 41, 4. Gotofredo nelle note a questo frammento notava la manifesta relazione del medesimo col cànone proclamato dal giure *gallico: le mort saisit le vif:* opportunamente rilevando che il Romano Diritto aveva ammesso la continuazione del possesso nell'erede suo e non in quello estraneo, come si arguisce dal confronto del suddetto Fr. 30, pr. *ex quib. caus. maj.*, e degli altri sopra citati coi Fr. 23, pr., e 30, § 5, D. *de poss.* Giova riferire le parole di Goth. In nota al Fr. 30, *ex quib. caus.*, scrive: " Sic interpretantur alii: *le mort saisit le vif,* id est defunctus heredem suum possessorem facit, vide l. 11, inf. *de liber. et post.:* heredem extraneum non aeque, quo referenda est l. 23, inf. *de adq. poss.* Sed jure Gallico quivis heres possessor constituitur ". Ed in nota al Fr. 23, pr., *de poss.*, ribadisce il concetto. Veramente il Cujacius tenne un'altra opinione; che cioè il possesso non si trasmette mai *ipso jure* dall'autore nell'erede, e che i testi sopra citati vogliónsi restringere all'usucapione incoata dall'autore la quale non si tronca per la sua morte, ma continua e si compie anche in giacenza dell'eredità, e che nella l. *cum miles* la parola *possessio* viene abusivamente adoperata per *usucapio. Recitationes Solemnes* in Lib. VI, D. T. 1, *de rei vindicatione* ad L. 50 Ed. Prat., Tomo III, col. 241. Ma l'opinione del Cujacius in sostanza non contraddice alla nostra. Invero se l'usucapione prosegue il suo corso anche prima che sia adita l'eredità, d'uopo è convenire, che almeno il possesso ad *usucapionem* si trasferisce *ipso jure* perchè l'usucapione non corre, se vien meno il possesso.

gine venne già in gran parte fatta quando si dovettero determinare i diritti capaci di usucapione, poichè, come ho allora dimostrato, i diritti usucapibili sono tutti quelli che possono essere posseduti. Basterà quindi riassumere le considerazioni ivi esposte.

Si è già osservato che il Diritto Romano aveva da principio considerato come unico oggetto del possesso le *res corporales* capaci di una detenzione materiale e che posteriormente aveva abbandonato il concetto della detenzione ed era assorto a quello dell'esercizio di un diritto e aveva compreso nell'orbita fatta più vasta anche alcuni diritti reali. Donde la nuova forma appellata *quasi-possessio*, le cui vicende abbiamo altrove accennato. La *quasi-possessio* venne accolta nell'art. 685 del Cod. civ.; il quale anzi ha completamente unificato il possesso delle cose corporali e quello dei diritti.

La dizione dell'art. 685, è troppo più vasta del concetto che si voleva significare. Cadrebbe in solenne errore, chi, sedotto dalla lettera del testo, stimasse che indistintamente tutti i diritti possano nel sistema legislativo imperante essere oggetto di possesso. Il criterio esatto per contenere il disposto nei suoi limiti giuridici ci è fornito dall'idea stessa razionale, che presiedette all'ampliazione del concetto possessorio, la quale c'insegna che l'essenza del possesso consiste nella possibilità di ripetere a piacimento l'atto, che rappresenta visibilmente il diritto stesso. Sono adunque capaci di possesso tutti i diritti, che possono avere un esercizio esterno e continuato ed indipendente dall'esistenza di un titolo, che lo renda legittimo.

Tale capacità trovasi al massimo grado nella proprietà *optima et maxima,* la quale si confonde colla cosa corporale che ne forma l'oggetto. Ho arato il campo, ho vangato l'orto o la vigna, ho raccolto i fieni già seccati, ecco tanti atti, in cui si manifesta l'esercizio del dominio, e che posso a mio piacimento ripetere ogni qualvolta se ne presenti l'occasione od il bisogno. Tale capacità trovasi pure, sebbene in minor grado, nei diritti reali di enfiteusi, di superficie, di usufrutto, e nelle servitù prediali, poichè il loro esercizio consiste in una serie continuata di atti, tutti fra di loro uniformi. Ecco adunque altrettanti diritti che comportano l'estensione del possesso nella sua forma di quasi-possesso.

Non possono invece essere posseduti i diritti di pegno e di ipoteca, come fu altrove dimostrato (1).

106*bis*. — Sulla questione del possesso dei diritti d'obbligazione ho

(1) Vedi sopra n. 32.

già avuto l'opportunità di rivelare le mie idee (1); non sarà tuttavia sconveniente l'approfondirla dacchè nella moderna dottrina va risorgendo la tendenza a ritenere possibile anche per siffatti diritti una specie di possesso. Le opinioni sono molto scisse, poichè alcuni ammettono tale possibilità solo per le obbligazioni o permanentemente radicate su cose o collegate a rapporto permanente di diritto personale; altri la ammettono per tutte le obbligazioni che hanno un esercizio permanente, ed altri in fine la estendono a tutte le obbligazioni in genere (2). Io penso che i soli crediti, per cui vi ha possibilità di possesso, sono quelli che costituiscono un'emanazione e l'esercizio ad un tempo del diritto di proprietà o di altro diritto reale capace di possesso (canoni enfiteuticarii, censi riservativi, fitti, pigioni, decime e simili). In queste ipotesi ciò, che si possiede, non è un rapporto creditorio, ma il diritto reale: l'esazione del canone o del fitto è in realtà l'esercizio di un diritto sul fondo (3). Fuori di queste ipotesi in nessun altro diritto di obbligazione si trova materia di possesso se non si vuole ridurre il possesso, che è un istituto giuridico con lineamenti e caratteri ben precisi, ad una condizione materiale di fatto indefinita ed amorfa. Non si trova neppure nelle obbligazioni, che dànno origine a prestazioni periodicamente rinnovantisi. Fu detto, che per la successione degli atti e per la relazione di continuità si forma una configurazione giuridica capace del concetto possessorio, il quale troverebbe una base nella pratica precedente di simili atti e prestazioni; che il creditore ha interesse alla conservazione e continuazione di tale stato o situazione giuridica fino alla decisione intorno all'esistenza del diritto, e che l'inadempimento del debitore costituisce turbativa del possesso del creditore (4). Sono queste sostanzialmente le ragioni, per le quali dal Diritto Canonico e dalla pratica medioevale era stata accettata la *quasi-possessio* in genere dei diritti personali,. ma per quanto confortate da simili precedenti storici, non reggono di fronte ai principî. L'obbligazione è vincolo tra due persone, di cui l'una ha ragione di pretendere dall'altra un dato comportamento. Ora l'avere taluno indebitamente riscosso una delle succedentisi prestazioni vale a creare un vincolo qualunque tra chi ha esatto e chi ha pagato? Vale almeno a creare uno stato di fatto che debba essere fecondo di conseguenze sul modo di comportarsi del debitore riguardo alle esazioni future? No

---

(1) Vedi sopra n. 33.
(2) Vedi Vindscheid, § 464; Scillamà, Op. cit. 1, pag. 576 e segg.
(3) Sopra n. 12, 31, 33.
(4) Scillamà, pag. 578.

di certo: tutt'al contrario il debitore potrà ripetere quanto ha indebitamente pagato a chi non era suo creditore. Nelle obbligazioni non è dato d'immaginare uno stato di fatto disgiunto dall'esercizio vero del diritto per parte del suo legittimo titolare, uno stato intermedio tra l'esistenza e l'inesistenza del diritto. E neanche esaminando il problema dall'altro suo lato, cioè relativamente al creditore, è possibile trovare il sostrato del possesso. La prestazione futura sarà dovuta, non già perchè fu pagata quella anteriore, ma perchè è imposta dal titolo. Pongasi che la rata stata soddisfatta l'anno precedente fosse l'ultima dovuta; per certo il creditore non potrebbe pretenderne altre accampando il suo possesso ad esigere. Abbia pure interesse il creditore alla continuazione dello *statu-quo,* ma questo suo interesse non si convertirà in una ragione giudizialmente esperibile se non accompagnata dalla giustificazione (anche per via di presunzioni) del titolo. Tra le successive prestazioni, sebbene rese obbligatorie da un titolo unico, manca quel nesso di continuità, che è la caratteristica del possesso della cosa o dei diritti reali, e la causa per cui dal passato e dal presente estende la sua efficacia all'avvenire. Nè sta l'analogia tra l'inadempimento del debitore e la turbativa del possesso; perchè l'inadempimento del debitore viola il diritto del creditore, non semplicemente il possesso. A simil stregua qualunque offesa al diritto altrui, di qualunque genere essa sia, dovrebbe chiamarsi turbativa di possesso.

La patria legislazione ha recisamente respinta qualsiasi applicazione del possesso ai diritti creditori. Sebbene l'art. 685 Cod. civ. definisca molto poco, e sia assai vago, tuttavia contiene già implicita l'esclusione dei diritti di obbligazione, in quanto che dicendo che il possesso è il godimento di un diritto che " uno ha... per mezzo di un altro, il quale... eserciti il diritto in nome di lui " accenna evidentemente ad una posizione che non può riferirsi che ad un diritto reale, siccome fu rilevato dallo Scillamà (1). Alle obbligazioni è poi espressamente negata dall'art. 694 Cod. civ., la manutenzione cioè la vera difesa possessoria. A sostegno di una contraria opinione non gioverebbe richiamare gli articoli 1242 o 1538 Cod. civ., dove si usa la espressione " possesso del credito ". Si metta subito fuori di questione l'ultimo degli articoli mentovati, dove è chiaro che quella espressione riguarda il possesso non del diritto, ma del documento probatorio. Quanto all'altro, la ipotesi ivi disciplinata non è quella di un vero e proprio possesso del rapporto creditorio isolatamente preso, ma quella di un diritto creditorio inchiuso in un'*universitas*

(1) Scillamà, pagg. 558 e 559.

juris (erede apparente) od esercitato in virtù di un titolo poscia annullato. L'art. 1242 potrebbe comodamente riferirsi alle obbligazioni civili al portatore, la cui validità è riconosciuta nel sistema legislativo imperante, (1); ma tale applicazione non ha importanza perchè nelle obbligazioni di questa specie il possesso del diritto si confonde con quello del titolo probante, e cessa di essere una *possessio juris* per diventare *possessio rei*. A prescindere da questi riflessi giova ritenere che il disposto dell'art. 1242 non ha l'intento di creare il possesso del diritto di obbligazione, nè di attribuire ad esso alcun effetto, ma di rendere liberatorio il pagamento fatto dal debitore a chi appariva e non era il vero creditore. Neppur vale a giustificare una parvenza di estensione del possesso in materia di diritti personali patrimoniali la concessione della reintegranda a taluni titolari di cotali diritti, ad es., conduttore, comodatario (2), perchè, come venne osservato dallo Scillamà (3) costoro tutelano colla reintegranda non il diritto d'obbligazione, ma la detenzione della cosa. Tant'è che lo stesso fenomeno si avverava nel Diritto Romano, il quale non riconosceva certamente il possesso di rapporti creditori.

La patria Giurisprudenza è concorde nel respingere l'applicazione della difesa possessoria ai rapporti d'obbligazione. Venne più volte deciso (4) che il creditore anticretico non può esercitare alcuna azione possessoria contro il debitore. È stato del pari giudicato che al mandatario in *rem suam* non compete la manutenzione contro il mandante, appunto perchè il mandato *in rem suam* non attribuisce un diritto reale (5). Sempre in coerenza è stato ritenuto che in tema di contratto di somministrazione di forza motrice o energia elettrica, non costituisce spoglio il fatto del fornitore, il quale interrompe la somministrazione (6). Io faccio plauso a questa giurisprudenza, e m'auguro che diventi *jus receptum*, perchè la estensione del possesso e dei rimedi possessori alle obbligazioni non solo ripugna ai principi, ma non è menomamente richiesta dai bisogni pratici, ai quali provvedono più che a sufficienza le azioni, con cui il creditore può ottenere dal debitore l'adempimento dei suoi doveri o il risarcimento dei danni.

---

(1) C. C. Roma 31 dicembre 1891; C. A. Bologna 18 settembre 1890; *Legge*, 1892, I, 289 e 344.

(2) Chironi, *Ist.*, 1, § 126.

(3) Op. cit., pag. 564.

(4) Vedi sentenze citate nella Legge, 1900, I, 110 in nota.

(5) C. C. Roma, 30 dicembre 1899; *Legge*, 1900, I, 110.

(6) C. C. Roma, 22 agosto 1899; 26 giugno 1900; C. C. Napoli, 13 giugno 1900; *Legge*, 1899, II, 469; 1900, II, 73 e 224.

106[ter]. — Ai diritti reali si assomigliano quelli di stato, che concernono l'individuo nei suoi rapporti colla famiglia, o col corpo sociale, e che provengono dalle sue qualità e condizioni di figlio, di marito, di cittadino. A presidio di questi diritti la Legge Romana aveva stabilito delle azioni pregiudiziali, che avevano il carattere di azioni reali. Ed anzi l'azione, con cui taluno rivendicava una persona, come sottoposta alla sua potestà patria, era una vera *rei vindicatio* (1) nel primitivo *Jus civile.*

Ma neanche questi diritti, benchè appariscano atti ad un esercizio continuato, tanto che comunemente suolsi dire che taluno è in possesso di stato, e del possesso di stato tenga alcuna volta debito conto la stessa legge civile (2), sono capaci di un vero possesso. Tant'è che non possono acquistarsi che nei modi tassativamente stabiliti dalla legge, i quali sono: la nascita o l'adozione per i diritti di figlio; il matrimonio per la qualità di conjuge e di genitore legittimo; il domicilio di origine o la naturalizzazione per quella di cittadino, ecc. Ogni altro modo di acquisto è vietato ed inetto; ogni esercizio di cotali diritti per parte di persone, a cui non spettino, costituisce un'azione illecita sempre, spesso anche delittuosa e severamente punita, poichè chi esercita diritti di questo genere a lui non competenti, offende l'intero corpo sociale, viola i diritti di coloro a cui realmente spettano, calpesta gli interessi e turba la pace delle loro famiglie. D'altronde l'acquisto dei diritti di stato è guarentito da forme solenni, atte appunto ad assicurare la reale loro esistenza e l'identità delle persone che ebbero ad acquistarli. A tal uopo sono ordinate le formalità con cui si celebrano i matrimonii; le nascite e le morti sono annotate su pubblici registri tenuti da speciali funzionarii amministrativi. Concludo quindi che dei diritti di stato non può ammettersi un possesso formale, essendo legalmente impossibile ed infecondo di giuridiche conseguenze il loro esercizio per parte di persona, che non ne abbia fatto un legittimo acquisto (3).

---

(1) Il *Digesto* porta ancora traccia di questo antico diritto, ed accorda al padre la *rei vindicatio* per ottenere la restituzione del figlio, purchè la formola aggiunga la causa *ex Lege Quiritium*, Fr. 1, § 2, D. *de rei vind.*, 6, 1. Consulta Maynz, *Droit Romain*, § 326.

(2) Vedi art. 118, 119, 120, 171, 172, 173, 174 del Cod. civ.

(3) Lo Scillamà, Op. cit., pag. 576 ammette una specie di possesso dei diritti di stato che consisterebbe nell'essere riconosciuta e mantenuta la posizione attuale fino all'esito della contestazione. Non posso aderire a questa opinione, perchè il mantenimento della posizione attuale è conseguenza dei principii generali di diritto (sopra n. 104) indipendente dall'esistenza o no del possesso. Non mi sembra che possano servire a far ritenere, che la estensione del pos-

107. — Quanto alle persone, che possono possedere, l'attuale sistema legislativo non pone alcuna regola speciale; quindi si deduce che possono possedere tutti coloro che sono capaci di diritto senza eccezione alcuna. Qualsiasi incapacità naturale è stata tolta di mezzo: chi esiste ed appartiene all'umano consorzio ha la piena capacità giuridica, sia esso cittadino, sia esso straniero. Nè si può accettare l'opinione di qualche scrittore (1) che sussista ancora la incapacità prodotta da mancanza d'intelletto (infanzia, demenza), e che le persone versanti in tali condizioni assorgano a subbietto del possesso per mezzo dei loro legittimi rappresentanti. I dementi, i furiosi, gli infanti godono di tutti i diritti civili; sono quindi essi il soggetto del possesso direttamente e non pel tramite del rappresentante. Questi per necessità di cose eseguisce gli atti, che il rappresentato dovrebbe, ma non può compiere; ma è pur sempre costui che giuridicamente è il soggetto del diritto. Altrimenti, posto il caso di un'eredità devoluta ad un demente o ad un infante privo di legale rappresentante, non potrebbe aver luogo la trasmissione del possesso *ipso jure*.

Nella legislazione italiana la perdita della personalità giuridica per effetto di certe condanne è stata abolita. Il Codice penale commina come pena principale e accessoria l'interdizione dai pubblici uffici (art. 20, 31), e priva il condannato all'ergastolo della patria podestà, dell'autorità maritale, della capacità di testare (art. 33); ma il condannato a una di queste pene conserva tutti gli altri suoi diritti civili, tra cui quello di possedere.

Nè solo le persone fisiche sono capaci di possesso, ma anche i corpi morali, cessato in questa parte il dubbio ond'era stata agitata la Romana Sapienza (2), e in genere le persone giuridiche e

---

sesso ai diritti di stato sia accolta nella patria legislazione, gli art. 120, 171, 172 Cod. Civ., perchè queste disposizioni non mirano già a creare un modo di acquisto della qualità di figlio legittimo per virtù del possesso di stato, ma di questo fanno un mezzo di prova in mancanza dei documenti ufficiali. Invece nel diritto Giustinianeo la *libertatis possessio* era considerata come un possesso capace di generare l'usucapione, L. 2, C. *de long. temp. praescr. quae pro lib.*, 7, 22.

(1) SCILLAMÀ, Op. cit., 1, pag. 481.

(2) Nerva figlio pensava che i municipii potessero possedere, quanto i loro schiavi avessero acquistato a nome peculiare; PAOLO rifiutava loro ogni capacità di possedere, come risulta dal Fr. 1, § ult., D. *de poss.*; ma ULPIANO insegnava recisamente la contraria opinione, e la spendeva come *jus receptum*: " Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint, idque eis et per servum, et per liberam personam acquiratur, Fr. 2, D. *de poss.* E nel Fr. 7, § 3, *ad exhibendum*, 10, 4, ribadisce la stessa massima e la estende ai collegi ed alle corporazioni: " Idem et in collegiis, caeterisque corporibus dicendum erit ".

collettive (corporazioni, pie cause, società commerciali) ed eziandio le libere associazioni di persone, sebbene non abbiano ottenuto il riconoscimento dallo Stato (1).

108. — Quanto alle cose che si possono possedere, l'art. 690 Cod. civ. dispone: " Il possesso delle cose, di cui non si può acquistare la proprietà, non ha effetto giuridico „. Spicca in questo disposto la correlazione tra la proprietà ed il possesso. Se questo nella sua essenza è semplicemente l'esercizio della proprietà, come può concepirsi il possesso di una cosa di cui non si può acquistare la proprietà? Tale possesso non è che un puro fatto; una nuda detenzione senza valore e senza conseguenze. Non è tutelato dall'azione possessoria, e non è atto a produrre l'usucapione. La legge con una presunzione invincibile suppone che in una detenzione così fatta manchi l'*animus domini.*

Il disposto dell'art. 690 concerne evidentemente quelle cose, che, pur non potendo formare oggetto di proprietà privata, sono suscettive di appropriazione, o sono già oggetto di una proprietà pubblica. Che quanto alle altre, le quali rifuggono per la loro immensità da ogni idea di appropriazione, non eravi bisogno di un espresso disposto di legge. La loro grandezza stessa le sottraeva all'umano possesso.

Quali e quante le cose di cui il cittadino non può acquistare la proprietà, ho detto nel Capitolo IV.

108 *bis*. Occorre inoltre che la cosa capace di possesso sia certa e determinata. Questo requisito deve riporsi non fra gli attributi dell'*animus*, in quanto che esso richiede la coscienza chiara e completa della cosa posseduta, ma fra gli elementi obbiettivi, perchè vale a stabilire la capacità della cosa, indipendentemente da ogni ricerca sul modo con cui sia percepita e voluta dal soggetto.

La necessità della determinatezza era stata avvertita dai Ro-

(1) Contra SCILLAMÀ, Op. cit., pag. 482, il quale opina che chi possiede in tale ipotesi non è l'associazione, che non ha esistenza di diritto, ma le persone fisiche che la compongono. Io penso che sulla capacità di avere il possesso, il quale è *res facti*, non influisca la mancanza di riconoscimento. L'associazione esiste, questo è l'importante; e ad essa si attribuisce per finzione *juris* una volontà che non è quella dei suoi componenti, altrimenti si giungerebbe alla conseguenza di negare nell'ipotesi la possibilità del possesso, sia per mancanza di soggetto, sia per difetto di volontà possessoria. La C. C. Torino, 7 agosto 1897, G. T. 1897, 1196, ritenne valida l'ipoteca costituita a favore di un'associazione di mero fatto. Si debbono tuttavia eccettuare le associazioni contrarie dell'ordinamento, sia politico, sia giuridico dello Stato.

mani Giureconsulti, i quali, per quanto è dato arguire dai testi contenuti nelle fonti (1), avevano esclusivamente esaminato la ipotesi di indeterminatezza per ignoranza del rapporto fra il tutto e la parte posseduta. A loro avviso l'ignoranza di questo rapporto rendeva impossibile il possesso, anche quando la volontà del possessore era diretta ad una cosa, che nella sua totalità era da lui conosciuta; come quando si vuole possedere tutto ciò che Tizio possiede di un dato fondo (2) o l'alienante fa la tradizione di ogni sua ragione sul fondo (3). È dubbio se essi spingessero il rigore dei principii fino a ritenere indeterminato l'oggetto del possesso, quando più persone posseggono *pro indiviso* una cosa senza sapere quale parte spetti a ciascuno (4).

Queste decisioni del Diritto Romano sono informate ad un principio razionale e possono quindi fornire un criterio direttivo per stabilire la possibilità del possesso anche nel Diritto vigente. Conviene tuttavia osservare che il dubbio circa la esistenza del possesso nel caso di più compossessori con quote ancora ignote non può più essere ammesso.

Vi è ancora un'altra ipotesi non stata presa in esame dai Romani Giureconsulti; quella di una cosa incerta in sè stessa, e non già per la ignoranza del suo rapporto con altra, di cui formi una quota materiale od intellettuale. È chiaro che in questa ipotesi vi ha un'incertezza assoluta che rende, anche più che nel-

---

(1) Fr. 3, § 2, D. *de poss.*, 41, 2. PAULUS: " Incertam partem rei possidere nemo potest...; Fr. 26, D. *eod.* POMPONIUS: " ... incerta autem pars nec tradi nec capi potest... ". Fr. 32, § 2, D. *de usurp.*, 41, 3. POMPONIUS: " Incertam partem possidere nemo potest ".

(2) Il cit. Fr. 3, § 2, *de poss.*, dice: " ... veluti si hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere ". Ma da tutto il tenore del testo, dove si tratta il caso della parte incerta di una cosa, e dal suo confronto col Fr. 26, *eod.*, dove si legge: " ...velut si ita tibi tradam, quidquid mei juris in eo fundo est ", emerge che il " quidquid Titius possidet " si deve intendere con riferimento ad un dato fondo.

(3) Cit. Fr. 26, *de poss.*

(4) Il testo che concerne questa ipotesi, è il cit. Fr. 32, § 2, D. *de usurp.*, che conviene integralmente riferire: " Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit ". Da tutto il contesto apparisce che Pomponio ritiene una sottigliezza la deduzione che in caso di compossesso senza determinazione di quote Labeone traeva dalla impossibilità di possedere una cosa incerta. Vedi SAVIGNY, § 22. Contra SCILLAMÀ, Op. cit., I, pag. 523. WINDSCHEID, § 152, nota 12 limita la decisione del Fr. 32, § 2, all'ipotesi di compossessori, che non vogliono avere tutti insieme il possesso della cosa, ma ciascuno per sè il possesso di una quota distinta.

l'altra, impossibile il possesso, non essendo dato immaginare uno svolgimento qualsiasi di attività sopra cosa affatto ignota (1).

È controverso se il Diritto Romano ammettesse il possesso delle cose, che sono parti costitutive di un'altra. Pare che per le cose mobili incorporate nella cosa immobile altrui la regola fosse che il possesso del tutto non importa possesso dei singoli elementi costitutivi (2), e che per le cose mobili unite a formare un tutto mobile prevalesse la regola contraria (3). Nel moderno diritto tutte queste distinzioni sono cessate: regola unica ed indiscutibile è questa, che chi possiede il tutto, possiede anche le parti, e che acquistando per usucapione il dominio di quello, acquista contemporaneamente eziandio il dominio di queste.

109. — Finora si è discorso delle cose singole; ora conviene vedere se oggetto del possesso possa essere un'universalità di cose.

L'universalità è di due specie: l'una che ci rappresenta un complesso di più cose, non riunite fra di loro da un nesso giuridico e che si chiama nella scuola *universitas facti* o *hominis;* l'altra, che tutto l'aggregato di cose fra loro disunite fonde in un solo ed unico diritto, e si chiama *universitas juris* (4).

---

(1) Scillamà, Op. cit., 1, pag. 521.

(2) Pei materiali degli edifici le fonti contengono decisioni positive. Fr. 23, § 7, D. *de R. V.*, 6, 1; Fr. 23, D. *de usurp.*, 41, 3; Fr. 30 *pr.*, D. *de poss.* 41, 2. È controverso se l'incorporazione produca la perdita o quanto meno la sospensione del possesso già incominciato. Pei materiali incorporati nel fabbricato altrui l'opinione affermativa ha un forte appoggio nei testi citati e nel Fr. 30 *pr.*, D. *de usurp.* 41, 3. Vedi Windscheid, § 152, nota 12.

(3) Fr. 30, § 1, D. *de usurp.*, 41, 3. Fa tuttavia difficoltà il Fr. 7, § 1, D. *ad exhib.*, 10, 4: " Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas ". È dubbio se la mancanza di civile possesso della ruota congiunta al carro debba intendersi come una particolare contingenza del caso, oppure come un fenomeno generale prodotto dalla congiunzione. In quest'ultima ipotesi vi sarebbe antinomia tra il Fr. 7, § 1, *ad exhib.*, e il Fr. 30, § 1, *de usurp.*, che stabilisce che la gemma unita all'anello continua ad essere posseduta ed usucapita. Nel contrasto dovrebbe prevalere il Fr. 30, § 1, *de usurp.*, che ha più diretta attinenza alla materia e che essendo stato inserito nel titolo relativo alle usucapioni ci presenta la *mens legis*.

(4) La materia della *universitas rerum* è fra le più vivamente disputate. A parecchi autori la stessa nozione della *universitas* è sembrata pressochè inutile, in quanto che l'esistenza della *universitas* non possa accettarsi se non per quei pochi ben definiti scopi, che la legge ha sancito. Altri si sono limitati a combattere le tradizionali categorie di *universitas facti* e *universitas juris*. Tra i recenti tentativi di una diversa costruzione è degno di un cenno succinto quello dei Prof. Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, vol. 1, parte 2ª, pag. 433 e segg. Alla *universitas facti* essi vogliono sostituire la *universitas*

Cominciamo dalla prima. La questione intorno alla capacità possessoria della *universitas facti* erasi già presentata ai Romani Giureconsulti; ed è celebre in proposito un elegante responso di Pomponio.

---

rerum, un oggetto di diritto composto di cose mobili materiali, che secondo le idee del comune commercio costituiscono un tutto a sè indipendente dai singoli elementi costitutivi; alla *universitas juris* la *universitas jurium*, un aggregato di rapporti giuridici relativi a più specie di cose. Il perno della costruzione secondo i professori Fadda e Bensa in questo consiste: che tutti gli oggetti adunati nella *universitas* formano una cosa sola, corporale nella *universitas rerum*, incorporale in quella *jurium*. Questa idea non può accettarsi, perchè la fusione di tutti i componenti in un oggetto unico, diverso dalla somma dei fattori, non può avere per risultato che un oggetto astratto, un tutto puramente ideale, senza distinzione tra l'una e l'altra categoria di *universitas*. Il gregge, ad es., od è " una quantità di bestiame minuto, come di capre, pecore, ecc., adunato e pasciuto insieme a guida del pastore " (*Vocabolario del* FANFANI, ed. 1898), o, se è un'unità diversa, non può essere che un'astrazione della mente umana. Non posso neppure assentire all'altra idea professata dagli stessi Autori, che le cose mobili componenti la *universitas rerum* possono essere di diverso genere, e che al contrario gli oggetti formanti la *universitas juris*, essendo rapporti giuridici, siano necessariamente omogenei. Perchè o la omogeneità si fa consistere nell'essere i rapporti giuridici cose incorporali, ed allora per identità di ragione gli elementi costitutivi della *universitas rerum* hanno a ritenersi omogenei per essere tutte cose corporali; o per converso questa ragione non basta a stabilire l'omogeneità dei componenti la *universitas rerum*, e bastar non deve neppure per fondare quella dei rapporti conglobati nella *universitas juris*. A me par certo che il criterio della omogeneità debba essere identico per entrambe le categorie, e debba ricercarsi nella unità di destinazione economico-giuridica. Debbono quindi reputarsi omogenei gli oggetti formanti l'*instrumentum fundi*, dagli annotatori del Windscheid addotto come esempio di un composto di cose eterogenee, sebbene distintamente considerati, omogenei dirsi non possano. Assorgendo da questi particolari riflessi ad uno d'indole generale dirò che ravviso uno sforzo di dialettica dottamente elaborato, ma non persuasivo nel riporre la differenza essenziale fra la *universitas rerum* e la *universitas juris* nell'essere quella un aggregato di cose mobili e materiali, e questo un composto di rapporti giuridici. Ma la eredità, che è il prototipo della *universitas jurium*, non comprende forse cose mobili e immobili per natura? E se per la eredità si vuole astrarre dalle cose, che entrano a comporla, per riguardare soltanto i rapporti giuridici, a cui esse danno origine, non vi ha motivo razionale, per cui la stessa astrazione non si debba adottare pel gregge, che è il prototipo della *universitas rerum*, e reputarlo così non come una riunione di capre o di pecore, ma come un aggregato dei rapporti giuridici, di cui le capre o le pecore sono oggetto. La verità incontrovertibile si è che il gregge è un complesso di cose, e la eredità è invece una fusione di cose e di diritti. La divisione sistematica non esiste nella legge, la quale per alcuni scopi ben definiti ha dettato alcune norme riguardanti ora la *universitas facti* (usufrutto del gregge) ora quella *juris* (eredità). All'infuori di questi casi disciplinati da disposizioni positive il concetto della *universitas* è un criterio per interpretare la volontà dell'uomo nei testamenti e nei contratti. Perciò qualsiasi costruzione teorica non può riuscire ad un risultato, che sia completamente vero in ogni ipotesi. Ritengo infine che in quei

Distingue egli tre generi di corpi: 1° corpi individuali che hanno un organismo proprio, e che si distinguono da ogni altro, benchè appartenga alla stessa specie, e sia quanto si vuole simigliante. Sono i corpi, che, per dirla con Pomponio, *uno spiritu continentur*. Tali l'uomo, il trave, il sasso, ecc.; 2° corpi constanti di più parti fra di loro distinte, ma riunite e connesse in modo da formare un sol tutto, ad esempio: un edifizio, una nave; 3° corpi composti di cose separate e distanti, ma idealmente riunite e comprese sotto un comune appellativo e trattate come un sol tutto dalla volontà del proprietario. Questi corpi composti sono appunto quelli che la scuola chiama *universitas facti*; tali un gregge, un popolo, una legione. Le prime due specie non presentano alcuna difficoltà, essendo naturalmente destinate a formare l'oggetto di un unico possesso. Quanto alla terza specie i Romani Giureconsulti non ammettevano il possesso di tutta l'*universitas*, considerata come un aggregato di cose per sè stanti; ma volevano invece che ognuna delle cose fosse distintamente posseduta. Ad esempio: non ammettevano il possesso di tutto il gregge o di tutto l'armento, preso nel suo intiero, ma volevano che ogni singolo capo del bestiame fosse separatamente posseduto (1). Questa loro opinione a me par giusta, e rispondente al vero. Un gregge, un armento esiste come un complesso di cose, come un tutto, in quanto la volontà del legittimo

---

pochissimi disposti in cui il legislatore ha accennato alle universalità senza maggiori specificazioni, abbia voluto riferirsi alle categorie tradizionali, non essendo supponibile che abbia rivolto il suo pensiero ad altri sistemi diversi.

(1) Fr. 30, § 2, D. *de usucapionibus*, 41, 3. I professori FADDA e BENSA, *Note al Windscheid*, vol. I, parte 2ª, pag. 462, opinano che questo testo contenga una decisione troppo generale e ripugnante al concetto del *grex* come corpo unico, affermato dallo stesso Pomponio nel principio del Fr. medesimo ed in altri passi. Il Giureconsulto, a loro giudizio, avrebbe escluso il possesso del *grex* per evitare il pericolo, che facendo dell'*ovis furtiva* una parte del gregge, si eludesse il principio della inusucapibilità. Due ragioni adunque per combattere il responso di Pomponio. L'una dedotta dal carattere della *universitas rerum*, la quale secondo gli annotatori del Windscheid sarebbe un corpo unico nei rapporti del dominio, del legato, dell'usufrutto, del pegno e del possesso. L'altra consistente nella soverchia generalizzazione di un principio, che sarebbe stato per di più privo di ogni influenza. La prima di queste ragioni non può essere accolta se non in quanto si ritenga fuori di discussione il principio stesso informatore del sistema, il quale al contrario rappresenta un'opinione autorevole ma tutt'altro che indiscutibile. Neppure l'altra ragione è fondata, perchè Pomponio, ben lungi dal prendere le mosse dalla inusucapibilità dell'*ovis furtiva* introdotta nel gregge per giungere a negare il possesso di questo, come un tutto autonomo, ha fatto il cammino inverso. Debbo infine rilevare che è erroneo il ricorso alla decisione sancita nel Fr. 23, *de usurp.* Ben lungi dall'esservi analogia tra il possesso delle *res ex cohaerentibus* e in ispecie delle *aedes*

proprietario riunisce in un sol aggregato le varie cose fra di loro disparate e distanti. La destinazione del proprietario dà loro una denominazione comune ed un'esistenza collettiva. Sarebbe ingiusto che da una destinazione siffatta traesse profitto il possessore il quale deve necessariamente esercitare la fisica disponibilità sopra ciascuno dei singoli capi. Indi segue ancora che, se al gregge, che è di mia proprietà, vengono aggiunte alcune pecore di altrui spettanza, non basterà il possesso di tutto il gregge, ma bisognerà, che esse siano singolarmente possedute, per usucapirle (1).

109 *bis*. Scendo ora a ricercare a quali criterii sia informata in questa materia la legislazione italiana.

Del possesso di universalità di mobili fanno cenno gli art. 694 e 707 Cod. civ., il primo per dichiarare manutenibile il possesso legittimo di un'universalità di mobili, il secondo per stabilire che la disposizione, per la quale in tema di mobili possesso equivale a titolo, non si applica all'universalità dei mobili.

Sono due articoli assai oscuri, sia perchè le disposizioni in essi contenute a riguardo della universalità dei mobili non hanno alcun nesso col sistema possessorio adottato dalla legge imperante, sia perchè tanto nei lavori preparatorii del Codice Italiano, quanto in quelli del Cod. Albertino, dal cui art. 445 venne riprodotto il 694 vigente, nulla si trova che valga a chiarire l'intendimento del legislatore.

Non deve quindi meravigliare la discrepanza delle opinioni.

La patria Giurisprudenza opinò che il criterio interpretativo degli art. 694 e 707 si dovesse cercare nei precedenti storici, e che in conseguenza le due disposizioni si dovessero riferire non alla *universitas facti* ma a quella di diritto concretata nella successione ereditaria (2).

La opposta teorica è stata recentemente sostenuta dai professori Fadda e Bensa nelle annotazioni al Windscheid (3).

Osservano essi che la regola sanzionata dall'art. 707 Cod. civ. è espressamente limitata ai beni mobili per natura. Dunque la ul-

---

e il possesso delle *res ex distantibus*, vi ha contraddizione: in quello si possiede e si usucapisce il tutto, indipendentemente dagli elementi costitutivi; in questo si possiede e si usucapisce separatamente ciascuna delle parti, come emerge dal confronto fra i detti FF. 30, § 2 e 23, *de usurp.*

(1) Confor. Troplong, 275.

(2) C. C. Roma, 22 dicembre e 6 novembre 1877, *Legge*, 1878, I, 221 e 223; C. A. Bologna, 8 giugno 1888, *Foro It.*, 1888, I, 940.

(3) Vol. I, parte 2ª, pag. 465 e segg.

teriore limitazione sancita dall'ultimo inciso dell'articolo, se ha da avere un valore effettivo, deve concernere non la *universitas juris*, la quale da nessuno venne mai considerata come una cosa mobile, ma altra diversa *universitas*, la quale abbia il carattere di bene mobile per natura, e la quale senza l'esclusione portata dall'ultimo inciso sarebbe compresa nella disposizione dell'art. 707. Ora la *universitas*, che costituisce cosa mobile per natura, sia secondo i principii dai due autori sostenuti, sia secondo la disposizione dell'art. 417 Cod. civ., è appunto quella *facti* o *rerum*, e tale per tanto deve essere la *universitas* contemplata negli art. 707 e 694 Cod. civ. Dal nesso fra questi articoli gli annotatori del Windscheid desumono che nel patrio Diritto la universalità di cose mobili costituisce una cosa corporale, un bene mobile per natura, capace di possesso manutenibile, ma inidoneo all'applicazione della regola che equipara il possesso al titolo (1).

Questa interpretazione non può accettarsi. Essa è diretta a far rientrare nel sistema teorico propugnato da quegli scrittori i due disposti. Ma, come ho già rilevato, il sistema è assai disputabile. Ad cgni modo quello che è certo si è che il legislatore italiano, quando negli articoli 694 e 707 accennava ad universalità di mobili, non poteva pensare ad un sistema escogitato tanti anni dopo. Cade adunque il primo dei fondamenti della loro opinione. Ma neppur l'altro resiste alla critica. I professori Fadda e Bensa dalla dichiarazione contenuta nell'articolo 417 Codice civile che le cose in esso contemplate non perdono la loro qualità di beni mobili per natura, " ancorchè... formino collezione od oggetto di commercio ", deducono che anche la collezione è un mobile per natura. La deduzione non è giustificata. L'art. 417 concerne le cose singole; a queste si riferisce la dichiarazione del suo ultimo inciso, il quale, come riconoscono essi medesimi, ha lo scopo di proscrivere il concetto introdotto dal diritto germanico e predominante nell'epoca intermedia che a certe collezioni di mobili, specialmente a quelle destinate al commercio, attribuiva carattere immobiliare. Della collezione nulla dice l'art. 417, tanto meno poi che

(1) Si dovrebbe supporre che i professori Fadda e Bensa apprezzino diversamente la capacità possessoria delle *universitates juris*, o *jurium* secondo la loro terminologia. Ciò non è. Essi insegnano che anche questa categoria di universalità ammette il possesso manutenibile e ad *usucapionem;* solo discordano riguardo al diritto ereditario, dall'uno fra di essi giudicato manutenibile ed usucapibile, dall'altro, no. Ma di tutto questo fra breve. L'ultima parola della loro teorica è che a tutte indistintamente le *universitates* si applica integralmente il concetto possessorio. Ed allora a che tanto sforzo di dialettica per dimostrare che l'art. 694 contempla la sola *universitas rerum?*

essa costituisca un bene mobile per sua natura; e confido che tutti vorranno riconoscere che dall'essere mobili per natura i suoi componenti male si concluda alla qualità di corpo singolo e mobile nella collezione stessa.

Nè sono da tacere le conseguenze strane, a cui giungono gli annotatori del Windscheid. L'*universitas rerum* è un bene mobile per sua natura. E sia. Tale essendo, secondo le disposizioni della legge imperante dovrebbe essere capace dell'applicazione della regola equiparante il possesso al titolo, ma incapace di un possesso manutenibile: invece secondo le idee del Fadda e del Bensa dovrebbe avvenire precisamente il contrario.

Passo ad esaminare l'interpretazione insegnata dalla Giurisprudenza. Essa ha un fondamento innegabile nei precedenti storici. L'ordinanza di procedura di Luigi XIV del 1667 al suo titolo 18, art. 1° così disponeva: " Si aucun est troublé en la possession et jouissance d'un héritage ou droit réel ou universalité de meubles, qu'il possédait publiquement, sans violence, à autre titre que de fermier ou possesseur précaire, peut, dans l'année du trouble, former complainte en cas de saisine et nouvelleté contre celui qui a fait ce trouble ". Questa ordinanza riproduceva una disposizione già ricevuta nel diritto consuetudinario di parecchie regioni della Francia; anzi nelle *Coutumes* di Parigi e d'Orléans era espressamente stabilito che la universalità di mobili, per cui era ammessa la *complainte*, era la successione mobiliare. Ed era questa la dottrina professata dagli antichi scrittori Francesi (1). Cotali norme continuarono a dominare in Francia sino all'epoca della codificazione Napoleonica, nella quale non venne sancita alcuna disposizione relativa alle cose che possono formare oggetto della manutenzione. Il silenzio serbato nei Codici Civile e di Procedura Civile diede esca ad una grave dissensione nella dottrina, poichè alcuni commentatori sostenevano che la regola dell'antico diritto consuetudinario dovesse intendersi mantenuta, e che quindi la *complainte* dovesse continuare ad ammettersi per l'universalità dei mobili provenienti da successione, ed altri al contrario notavano che la disposizione dell'ordinanza e delle *Coutumes* non aveva base razionale e non armonizzava più col nuovo ordinamento giuridico, e opinavano che nel silenzio dei Codici dovesse aversi per abolita (2).

Questo era lo stato della dottrina francese nel tempo in cui venne promulgato il Codice Albertino, il cui art. 445 è la riproduzione della sostanza e in gran parte delle parole della sovra

(1) Vedi Carou, *Actions possessoires*, n. 543.
(2) Vedi Dalloz, J. G., *Action possessoire*, 499.

riferita disposizione dell'ordinanza di Luigi XIV: " Qualora però alcuno che si trovi da oltre un anno pubblicamente, pacificamente e non a titolo precario nel possesso di un immobile o di un diritto reale, o dell'universalità dei mobili, sarà in tale possesso molestato, potrà entro l'anno dall'infertagli molestia chiedere la manutenzione nel possesso medesimo ". È impossibile negare che il legislatore Albertino avesse l'intenzione di colmare la lacuna, che si lamentava nella codificazione francese, e di troncare la discussione intorno alla manutenibilità della università mobiliare. Ora se questa discussione riguardava esclusivamente la università *juris*, se tutta la dottrina francese era concorde nel negare agli altri aggregati di cose mobili l'attitudine ad essere tutelati mediante la *complainte*, è evidente che l'art. 445 Codice Albertino, volle sancire l'opinione favorevole al mantenimento della regola consacrata dall'antico diritto; e non è quindi lecito di supporre che quell'articolo volesse estendere la manutenzione al possesso della *universitas rerum*. Se un'innovazione così radicale si fosse voluta sanzionare, i lavori preparatorii non sarebbero muti.

L'art. 694 Cod. civ. è la esatta riproduzione, con alcune poche modificazioni esclusivamente di forma, dell'art. 445 dell'Albertino. Il concetto si trasfuse nella sua integrità da questo in quello. Dunque è necessario riconoscere che l'art. 694 si riferisce alla università di diritto e precisamente a quella che si concreta nella successione mobiliare, come ha affermato la Patria Giurisprudenza.

Se non che chiaro apparisce che la riproduzione nella legge italiana della regola stabilita dalle consuetudini francesi introduceva nella materia del possesso un concetto dissonante da tutto l'ordinamento delle successioni. Nell'antico diritto della Francia la successione d'una persona si divideva in parecchie eredità: dei mobili, degli immobili, dei beni paterni, dei beni materni, ciascuna delle quali aveva un organismo suo proprio. La successione mobiliare esisteva adunque come cosa reale, come un tutto distinto ed autonomo retto da norme particolari; il che giustifica l'idea degli antichi giuristi che essa rappresentasse un qualche cosa d'immobiliare, e potesse formare oggetto dell'azione possessoria. Ma nella legge italiana nulla di tutto questo; non più successione mobiliare e successione immobiliare; la eredità è una sola, un *nomen juris*, che comprende e fonde nella sua unità organica i beni, ond'è composta, e che per di più è da questi indipendente.

Questo riflesso mette in evidenza la irrazionalità dell'art. 694 in quanto estende la manutenzione alla università giuridica mobiliare, ad una cosa cioè che non può più esistere. Donde segue che esso è lettera morta.

Riassumendo i risultati di questa indagine conchiudo:

1° Anche nel patrio Diritto le universalità di mobili *ex distantibus* non sono oggetto di possesso;

2° L'università di mobili, che secondo l'art. 694 Cod. civ., è capace di azione possessoria nel suo insieme, è quella giuridica consistente nella successione mobiliare;

3° ma la successione mobiliare non esiste più, quindi l'articolo 694 rimane senz'applicazione.

110. — Passo ora alla *universitas juris*. Essa comprende sotto di sè una quantità di beni mobili ed immobili; debiti e crediti; azioni attive e passive, li investe tutti con un sol diritto, e nella unicità di questo viene a fonderli ed a costituire come un sol tutto. La *universitas juris* trova la sua più alta e, molto probabilmente, la sola sua espressione nella eredità (1).

---

(1) Un'opinione molto diffusa fa del patrimonio un'*universitas juris*. Nessuna ragione o giuridica o economica la legittima. Economicamente non esiste che un complesso di beni; giuridicamente sul patrimonio considerato come un tutto indipendente dalle cose, ond'è composto, nessun diritto speciale è stabilito dalla legge. Non si possiede il patrimonio, si posseggono i beni che lo costituiscono; non si rivendica il patrimonio, si rivendicano i singoli beni; non è insomma sancita un'azione *de universitate* come per la eredità; ma a ciascuno dei varii diritti compresi nel patrimonio corrisponde un'azione particolare. La possibilità della cessione di tutti i proprii beni non contraddice a questo concetto; è sempre cessione dei beni e non del patrimonio, e la questione se in virtù della cessione trapassino al cessionario anche le passività del cedente è questione non di diritto, ma di fatto da risolversi interpretando le clausole dell'atto e ricercando l'intenzione delle parti. La separazione dei patrimonii, il beneficio d'inventario non creano la universalità giuridica del patrimonio dell'erede, ma servono nell'interesse dei creditori ereditarii o di lui a tener distinti i suoi beni da quelli componenti la eredità. Alcuni autorevoli scrittori, i quali consentono nelle idee fin qui espresse, ritengono tuttavia che nella procedura di fallimento il patrimonio del fallito assuma la qualità di *universitas juris* in quanto che viene separato dalla persona del fallito, assoggettato all'amministrazione dei creditori, e impiegato nel soddisfacimento delle loro ragioni. Ma neanche quest'eccezione mi pare accettabile. Se il patrimonio del fallito non costituiva un'*universitas juris* prima della dichiarazione del fallimento, non si capisce perchè debba costituirla dopo. Nessuna disposizione di legge o implicitamente o esplicitamente stabilisce una simile metamorfosi, e nessun principio di ragione la sorregge. I fatti della sottrazione dei beni alla disponibilità del fallito e del loro assoggettameuto all'amministrazione della massa hanno lo scopo non già di fonderli in un unico diritto complessivo, ma di attuare la regola degli art. 1948 e 1949 Cod. civ. A questo scopo mirano gli art. 707, 709, 710 Cod. comm. la cui efficacia si spiega sul periodo di tempo anteriore alla dichiarazione del fallimento.

Se tutto il patrimonio di un individuo non è una *universitas*, *a fortiori* non possono essere *universitates* quelle parti di esso, a cui il titolare abbia dato una

L'*universitas juris*, come quella che consiste in un rapporto puramente giuridico, astrazion fatta dalle cose materiali che la compongono, e rifugge dall'apprensione e da un esercizio materiale ed esterno, non pare suscettiva di possesso. Tuttavia il Tartufari (1) dopo aver ampiamente studiato la questione nei suoi rapporti col Diritto Romano, colla legge positiva, coi principii, è venuto alla conclusione che l'*universum jus hereditarium* può costituire l'oggetto di un unico possesso. La competenza, con cui il problema è stato investigato dal Tartufari, mi obbliga ad esaminare se la definizione da lui proposta sia conforme a verità ed a ragione.

Non potendo seguirlo nei suoi diffusi ragionamenti, cercherò di riassumerli colla massima concisione ed esattezza. Il Tartufari pone a base di tutta la sua teorica, che l'eredità venne dai Romani considerata come un'unità inscindibile, che anzi ad assicurare questa unità vennele da loro accordata la qualità di persona civile, capace di diritti ed atta non solo a conservare quanto il defunto aveva lasciato, ma eziandio ad acquistare nuovi diritti ed a contrarre obbligazioni, purchè prodotte da avvenimenti, che non chiedessero un'esplicazione di volontà attuale; capace di continuare il possesso di buona fede incominciato dal defunto, e di perfezionare l'usucapione anche prima che l'erede avesse fatto adizione. Le acquisizioni si effettuavano e le obbligazioni si contraevano col mezzo degli schiavi ereditarii. Invero, come essi potevano acquistare in vantaggio della eredità, così per equo correspettivo le obbligazioni, che dipendevano dai fatti acquisti, vincolavano la eredità, di guisa che gli schiavi venivano a compiere verso di essa quell'ufficio, che ora si affida ai curatori. L'eredità devesi dunque ritenere un'unità organica, a cui fanno capo tutti i rapporti, tutti i diritti e tutte le obbligazioni che attendono il loro vero soggetto nell'erede, a cui è già deferita, ma che non l'ha ancora accettata. Si è appunto a designare questo suo precipuo carattere, e questa sua importantissima funzione, che i Giureconsulti dissero che l'eredità *vicem personae sustinet*.

---

speciale destinazione (dote, patrimonio della comunione matrimoniale, azienda commerciale). Così facendo, il titolare ha semplicemente esercitato una potestà che gli compete, ma non ha potuto dare esistenza ad un'*universitas juris*. La creazione delle *universitates* è riservata alla legge, la quale esclusivamente può unificare molti rapporti giuridici in uno solo munito di una particolare azione. Ora questa unificazione nella legislazione italiana è operata soltanto per la eredità, e non per altri nuclei patrimoniali. Vuolsi inoltre rilevare che se una particolare destinazione data dal proprietario alla sua cosa bastasse a far di questa un'*universitas*, anche il fondo su cui è concessa un'ipoteca, e la cosa data in pegno diventerebbero due *universitates*.

(1) *Effetti del possesso*, vol. I, n. 423-426 e 479-515.

Stabilito in tal modo il carattere della eredità, lo scrittore scende ad esaminare se essa concepita come un *universum jus* sia suscettiva d'essere posseduta. Passa in rassegna i titoli delle fonti, dove si tratta della petizione dell'eredità, e mostra che l'intento di quest'azione era appunto di rivendicarla dalle mani di chi la detenesse ingiustamente sia *pro herede*, sia *pro possessore;* e mette con particolar cura in evidenza quei testi, che, a suo avviso, comprovano che i Giureconsulti avevano preso in considerazione non già il possesso dei singoli beni, ma quello dell'intiera eredità costituita a simiglianza di un corpo organico.

A prescindere dalla maniera di agire della *petitio hereditatis*, ravvisa un poderoso argomento a sostegno della sua tesi nell'interdetto *quorum bonorum*, per mezzo del quale il *bonorum possessor* otteneva il possesso della intiera eredità. Nè lo sgomenta la grave obbiezione, che nella comprensione dell'interdetto non rientravano i crediti ereditarii, sì che esso, invece di venire a suffragio dell'unità organica dell'eredità e del possesso dell'*universum ius*, otterrebbe precisamente l'effetto opposto. Egli stima di poter rimuovere l'obbiezione coll'osservare, che il possesso dei crediti non si apprende materialmente, e che il possesso dei documenti non equivale all'esistenza dei diritti; e che ad ogni modo il *bonorum possessor* non ha bisogno alcuno di materialmente apprendere il possesso dei crediti, perchè provata la loro esistenza, potrà farli valere senza ricorrere all'interdetto *quorum bonorum*. L'interdetto ha natura simigliantissima a quella degli interdetti *retinendae* e *recuperandae possessionis*, ed ha per intento di far avere all'erede tutte le cose che si trovavano presso il defunto al momento della sua morte, per quanto sia incerta la loro appartenenza. Il suo effetto è meramente provvisorio, e svanisce di rimpetto alla dimostrazione del prevalente diritto, che venga data dal legittimo proprietario nel giudizio petitorio. Ed a questo proposito l'autore, riprendendo il Savigny, il quale aveva insegnato l'interdetto *quorum bonorum* non concernere il mero possesso, ed essere invece inteso a definire una questione che comprende tanto il fatto quanto il diritto, osserva, che la natura possessoria dell'interdetto è messa anche meglio in luce dall'altro mezzo accordato all'erede per acquistare il possesso dei beni ereditarii, e conosciuto sotto il nome di *remedium ex lege ult.*, Cod. *de edicto Divi Hadriani tollendo*, 6, 33; in forza del quale ogni persona istituita in un testamento apparentemente valido può conseguire il possesso delle cose, che al momento della morte trovavansi in potere del defunto e non erano da altri possedute.

Il Tartufari passa poi ad esaminare l'*usucapio pro herede*,

dalla quale pensa di poter desumere un argomento positivo in favore della sua tesi. Egli pone il concetto fondamentale dell'*usucapio pro herede* nel fatto che i beni non occupati dall'erede consideravansi come *res nullius*. Lo stato di fatto prodotto dall'occupazione delle cose ereditarie, durando il tempo voluto dalla legge a vista e saputa di tutti, si trasformava in diritto per la virtù consueta dell'usucapione. Ed appoggia questo concetto ai seguenti riflessi: che l'intiera eredità, come *universum jus*, poteva essere venduta: e che l'usucapione, anche di una singola cosa, più che la cosa stessa, ha per suo vero oggetto la proprietà della medesima. Questa la condizione dell'eredità sotto l'impero dell'antico *Jus* Civile. Il diritto posteriore pare averla radicalmente modificata, stando alla testimonianza di Gajo, il quale afferma non ammettersi più l'usucapione dell'intiera eredità, ma delle sole singole cose, ed al tenore dei frammenti che compongono i Titoli *pro herede* del Digesto (43, 5) e *de usucapione pro herede* del Codice (29, 7), i quali si riferiscono all'usucapione delle singole cose. Ma il Tartufari risponde che l'obbiezione non è decisiva, e sostiene che alcuni dei testi contenuti nei due Titoli citati, e specialmente il Fr. 2, D. *pro herede;* e la l. 2, C. *de usucap. pro her.*, concernono casi di usucapione dell'*universum jus*.

E, giungendo finalmente ad indagare la durata del possesso occorrente a prescrivere l'intiera eredità, dice, che mentre il *Jus* primitivo si accontentava del possesso di un anno, perchè l'eredità è una *res non soli*, quello posteriore, avendo respinto l'idea che i beni ereditarii non ancora occupati dall'erede siano *res nullius*, volle che il possesso durasse tutto il tempo necessario a consumare la *petitio hereditatis*. Il che si desume in modo chiarissimo dalla l. 3, *de praescript.* 30, *vel.* 40, *ann.*, la quale dispone che: *sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur*. La *petitio hereditatis*, come azione *de universitate*, si deve adunque estinguere nello spazio di trent'anni; con un possesso di ugual durata si acquista l'intiera eredità. Ciò vuole la necessaria corrispondenza tra la perdita di un diritto da una parte e l'acquisto del medesimo dall'altra. Nè ostano a parer suo le due ll. 4, C. *in quib. caus.*, 7, 34 e 7, C. *de petit. hered.*, 3, 31, le quali a chiare note proclamano che all'erede, che esperisce dell'azione universale, non può opporsi la *l. t. praescriptio*, perchè la ragione dell'inefficacia della *l. t. praescriptio* contro l'*hereditatis petitio* sta in ciò: che quella richiede un possesso di 10 o 20 anni, mentre questa non si consuma che in trent'anni, e poichè il possesso deve necessariamente durare tutto il tempo richiesto ad estinguere l'azione intesa a tutelare il di-

ritto che si vuole acquistare, naturalmente non può opporsi che la *praescriptio longissimi temporis.* Concludendo: la natura giuridica dell'*hereditas*, dai Romani stimata capace di diritti, di acquisti, di obbligazioni e dichiarata abile a compiere l'usucapione anche prima di essere adita; l'efficacia della *petitio hereditatis* non solo contro chiunque detenesse l'eredità, ma anche contro i debitori; la sanzione di uno speciale interdetto, perchè l'erede conseguisse tutti i beni ereditarii; l'*usucapio pro herede* sono prove irrefragabili che il Diritto Romano trattò l'*hereditas*, come un corpo organico, come un *universum jus*, capace di essere come tale posseduto.

Il Tartufari, stabilito il fondamento storico, ravvisa quello razionale nell'unità economica e giuridica delle *universitates juris*, quali sono l'eredità e il patrimonio, sì che vengono dalla ragione giuridica riguardate come enti per sè stanti, e considerate sempre *per modum unius.* Invero un solo ed unico diritto ne investe tutte le singole parti; tutte le comprende ed abbraccia nel loro insieme. Donde segue che l'intiera universalità, come è oggetto di un sol diritto, così lo deve essere di un solo possesso, che nella unica volizione del possessore fonda tutti i beni distinti, che compongono l'*universum jus.*

Il chiaro scrittore crede che il Codice civile abbia adottato la sua dottrina; ed invoca l'articolo 925, il quale detta che il possesso dei beni del defunto passa *ipso jure* all'erede. Beni del defunto, dice l'art. 925, senza distinguere tra mobili ed immobili; tra cose corporali e diritti ed azioni. È scolpito il concetto che l'intiera eredità ed il possesso dell'*universum jus* nello stato, in cui si trovava presso il defunto, passano nell'erede. Tant'è che a tutela di questo possesso sono accordate all'erede dal successivo art. 926 le azioni possessorie.

111. — Le argomentazioni del Tartufari, per quanto abbondanti ed ingegnose, non riescono a giustificare la dottrina da lui professata. Giova brevemente esaminarle.

È incontrovertibile la premessa, che il Tartufari pone a tutto il suo ragionamento, che il Diritto Romano abbia ritenuto l'unità economica e giuridica dell'eredità oggettivamente riguardata nell'insieme delle sostanze dal defunto dismesse (1).

---

(1) Il concetto che l'eredità costituisce un *universum jus*, è sancito nel modo più formale da molti testi. Vedi, tra altri, Fr. 16, D. *de V. S.*, 50, 16, e Fr. 37, D. *de adq. vel omit. hered.*, 29, 2. Questo passaggio dell'*universum jus* forma il carattere distintivo della successione universale ereditaria, per cui l'erede si

Meno certa è l'altra proposizione del Tartufari, che la eredità avesse ricevuto dalla Romana Giurisprudenza la qualità di *persona civile*. Non è la stessa cosa costituire un'unità giuridica per l'unificazione di tutte le parti in un solo ed unico diritto, e costituire una *persona* capace di diritti. Non ogni *universum jus* è un *Ente giuridico*. Non è per certo il patrimonio individuale, che, a seconda di quanto assevera il Tartufari, costituisce anch'esso un'unità almeno nei suoi rapporti colla persona cui spetta. Ora l'eredità null'altro è che il patrimonio del defunto. Questi morendo ha lasciato ogni giuridica capacità, di guisa che il suo patrimonio, fino a tanto che venga acquistato da altra persona, si trova senza *dominus*, in istato di abbandono, oggetto e non soggetto di diritti. Questo fu il modo, con cui il *Jus civile* primitivo considerava la eredità, come dimostra la *usucapio pro herede*. I gravi inconvenienti, che ne derivavano, richiesero un rimedio efficace, il quale fu in seguito trovato nell'abolizione del concetto, che la eredità, prima di essere adita, sia *res nullius*, e nella potestà largita alla medesima di conservare i diritti che in sè comprende, e di acquistarne anzi dei nuovi. Insomma ad essa venne accordata una specie di autonomia. Ma è controverso se la eredità sia stata eretta a persona giuridica dalla Romana Giurisprudenza, e da eminenti scrittori è stato affermato che la finzione, per cui entro certi limiti e sotto certe condizioni la eredità giacente poteva acquistare diritti, aveva importanza solo per legittimare gli acquisti fatti per mezzo degli schiavi (1).

Qualunque sia la risposta più esatta da darsi al grave problema, non è possibile contrastare che la massima efficacia della fittizia capacità suddetta dovette manifestarsi negli acquisti fatti dagli schiavi. Non è anzi improbabile, che almeno da principio si facesse una distinzione tra gli acquisti fatti *peculiari nomine* e quelli fatti a nome del padrone, quelli soli e non anche questi ritenendo validi e giovevoli alla eredità ed al futuro erede. La di-

---

reputa messo nel posto del suo autore a continuarne la personalità. Dal trasferimento di tutto il complesso delle sostanze sono esclusi i rapporti giuridici esclusivamente personali; quali son quelli di famiglia; le azioni *quae vindictam spirare videntur*, ed i diritti patrimoniali che debbono finire colla vita del titolare, come le servitù personali. Che anzi l'eccezione riguardante quest'ultima specie di diritti non è che di apparenza; in realtà questi diritti, cessando colla vita del titolare, non trapassano, perchè al momento della sua morte più non esistono. Non si trasmette neppure il possesso, perchè, eccetto quello ad *usucapionem*, deve essere nuovamente appreso dall'erede. Fr. 23, D. *de poss.*, 41, 2.

(1) Savigny, *Sistema*, II, § 102.

stinzione era imposta dalla natura del peculio, il quale è in certo qual modo il patrimonio del servo (1).

Se non che, pur concessa la qualità di *persona civile* a tutti indistintamente gli effetti, non è ancor giustificata l'illazione, che il Tartufari ne deduce, della possibilità cioè di un possesso di tutto il *corpus hereditarium* preso nel suo complesso. Il pareggiamento, da lui immaginato, tra l'esistenza di un *universum jus* innalzato a dignità di Ente giuridico ed il possesso del medesimo, non ha fondamento. La eredità veste un tale carattere nei suoi rapporti coll'erede, non di rimpetto al terzo, che senza diritto alcuno usurpò il possesso dei beni ereditarii. La finzione, per cui l'eredità giacente può conservare i diritti già esistenti ed acquistarne dei nuovi, è determinata dalla speranza del futuro erede e dalla necessità di provvedere intanto ai suoi interessi; il Tartufari invece vorrebbe invertirla in suo danno.

Nè ha maggior consistenza l'altro argomento che la *petitio hereditatis* avesse per oggetto la *universitas juris*. Certo tutto il complesso dei beni dimessi dal defunto, di qualunque natura, costituiva l'oggetto di questa azione. Ciò è esplicitamente detto dal Fr. 18, § ult., *de hered. petit.*, 5, 3: " Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitionem. Et placuit universas res hereditarias in hoc judicium venire sive jura, sive corpora sint ". Anzi si allargò il concetto sino a comprendervi le cose, che non sono propriamente ereditarie, ma sono a pericolo dell'erede (2). Per questo suo carattere e per questi suoi effetti la *petitio hereditatis* viene appellata *actio de universitate* dal Fr. 1 pr., *de rei vindicat.*, 6, 1. Ed è logico che sia un *actio de universitate,* poichè con essa si rivendicano il *jus successionis* e l'intiero patrimonio lasciato dal defunto nella sua obbiettiva consistenza. L'azione intentata dall'erede investe tutti i fatti, con cui viene leso il suo diritto, quantunque ciascuno di essi non abbia connessione cogli altri, e tutti li deduce nello stesso giudizio; ma su una situazione di tal genere non può esercitare influenza di sorta il possesso del convenuto che è un puro e semplice fatto. Sarebbe davvero strano che il possesso denudato di ogni titolo e di ogni fondamento potesse unificare gli oggetti su cui cade, sebbene non abbiano fra di loro vincolo alcuno.

Havvi un'altra ragione che ci spinge a rifiutare la tesi del Tartufari. È certo che, non appena avveratasi l'adizione, i beni già componenti l'asse ereditario e prima unificati nella sintesi fittizia dell'*universum jus* si disgregano, depongono quel nesso

---

(1) Fr. 17, D. *de statuliberis*, 40, 7.
(2) Fr. 19, D. *de h. p.*, 5, 3.

legale, che prima stringeva gli uni agli altri, per assumere la condizione normale dei beni appartenenti ad una persona vivente ed agente. Cessando la causa, cessa l' effetto. L'*actio de universitate* cede il posto alle diverse azioni speciali, con cui la persona tutela i diritti offesi secondo la loro natura e la qualità della lesione. Ora non è pur presumibile che il Diritto Romano volesse fare una posizione privilegiata al finto erede, all'usurpatore. Nè dicasi che la eventualità della *petitio*, che potrebbe in seguito intentare il vero erede, tiene in vita quella sintesi fittizia. I rapporti del vero erede colla eredità non immutano quelli del possessore colla medesima. L'erede coll'azione universale a lui spettante difende il suo *jus successionis*, e rivendica *tutti i beni componenti l'asse* da chiunque ingiustamente li detenga, quantunque questi siano in realtà tanti oggetti fra loro disgregati, anche quando tutti si trovano nelle mani di un solo possessore. In una parola, la *petitio hereditatis* è un'*actio de universitate*, perchè il diritto dell'erede, che essa tutela, è uno solo, abbracciante nella vasta sua comprensione tutti i beni ereditarii, *sive jura*, *sive corpora*. Ma l'unicità del diritto e dell'azione, con cui lo si fa valere, non fa sì che universale sia anche il possesso delle diverse cose ereditarie e da reputarsi come un unico possesso dello *universum jus*. La corrispondenza tra i due termini della equazione è respinta dalle sostanziali loro diversità.

Non giova il ricorso alla *usucapio pro herede* per provare che la Romana Giurisprudenza ammettesse il possesso dell'*universum jus*. L'antico Diritto Civile aveva introdotto la *usucapio pro herede*, francandolo del requisito della *justa causa* (1); ma già quello intermedio aveva abolita l'usucapione della intiera eredità, e lasciata quella delle singole cose ereditarie (2).

In appresso fu intieramente soppressa questa usucapione, di guisa che quella, che ci presentano le fonti Giustinianee, ha contenuto effetti assolutamente diversi. Essa è la usucapione di cose singole, che *il vero erede* reputa spettanti alla successione benchè in realtà non lo siano. L'evoluzione storica della *usucapio pro herede*, ben lungi dal favorire, contrasta alla tesi del Tartufari. Nè approdano tutti i suoi sforzi per dimostrare che alcuni dei testi contenuti nella compilazione Giustinianea accennano al possesso di un'intiera eredità. Se anche ciò fosse, quei testi si spiegherebbero molto più agevolmente come reminiscenze del diritto primitivo, ed accuserebbero la poca diligenza e la poca sagacia dei Compilatori.

---

(1) GAJO, II, § 52 e segg.
(2) GAJO, II, § 54.

112. — Quando pure potesse ammettersi che le disposizioni, con cui la Romana legislazione aveva disciplinato gli istituti ereditarii e in ispecie la *usucapio pro herede*, consentivano il possesso e la usucapione dell'intiera eredità, nessun argomento potrebbe desumersene a sostegno della tesi del Tartufari, poichè quelle disposizioni sono da secoli abrogate, e completamente mutate sono le condizioni economiche e politiche della società.

La questione vuole adunque essere esaminata di fronte ai principii; e su questo terreno alla dottrina del Tartufari oppone un insuperabile ostacolo la impossibilità di usucapire il *jus successionis*. Di vero, che altro è questo preteso possesso dello *universum jus*, se non il possesso della qualità di erede? Si mutino quanto si vogliono le parole, la verità è sempre una sola ed è questa. Perchè si possa possedere l'intiera eredità presa come tale, riguardata non nei singoli beni, ma nella sua unità organica, bisogna essere erede. Questo è il *porro unum necessarium*. La qualità di erede è il supposto necessario di un possesso siffatto, perchè la finzione, per cui le sostanze ereditarie compongono un sol tutto, è subordinata alla esistenza di un erede. Quindi per usucapire la eredità si deve necessariamente usucapire la qualità di erede. I due termini sono correlativi ed inseparabili. Ora la ragion logica e giuridica si ribella al possesso della qualità ereditaria, la quale è creata dalla legge o dal testamento (1). Essendo impossibile acquistare col possesso la qualità di erede, quando non si ha in proprio favore la volontà del legislatore o del *de cujus*, segue che è pur impossibile avere un possesso della eredità come *universum jus*.

Colla ragione si accorda il Codice civile, cui invano il Tartufari si sforza di far dire, ciò che non ha mai voluto dire. L'art. 925 dice che il possesso dei beni dismessi dal defunto passa *ope legis* nell'erede. Possesso dei beni, dice l'articolo, non della eredità, il che è cosa ben diversa. E giustamente parlò dei beni; perchè la eredità, come tale, non ha bisogno di essere appresa dall'erede, ma gli è invece acquisita, non appena abbia manifestata la volontà di acquistarla.

L'art. 925 non ha l'intento di creare un nuovo possesso, diverso nella sua sostanza da quello definito nell'art. 685. Il pos-

(1) Confor. Fadda nelle *Annotazioni al Windscheid*, I, parte 2ª, pag. 469 e 506. Contra, l'altro annotatore Bensa, *ibid.*, pag. 506 e segg., il quale obbietta che l'art. 720 Cod. civ., secondo il quale la eredità si devolve per legge o testamento, non elimina la ipotesi di acquisto per usucapione della eredità stessa fatta da un estraneo. Le considerazioni esposte nel testo confutano ad esuberanza questa obbiezione che non ha alcun fondamento.

sesso è sempre il medesimo, sebbene il suo acquisto sia francato dall'obbligo di un atto di materiale apprensione. La dizione — possesso dei beni — non lascia dubbio sull'intenzione del legislatore il quale volle si trasferisse il possesso dei beni, distintamente riguardati, non compresi per *modum unius* nell'unità ereditaria. In una parola, è il possesso dei varii beni, come si trovava già presso il defunto, non un possesso nuovo, quello della *universitas juris*, il quale non passerebbe già dal defunto nell'erede, ma avrebbe invece principio nel momento in cui la successione si apre. Nè devesi infine trascurare, che l'eredità, come ente, *qui juris intellectum habet,* non è pur suscettiva di una materiale apprensione; per cui, se ad essa dovesse riferirsi, l'art. 925 mancherebbe assolutamente di scopo e di effetto. Meno ancor sorregge la tesi del Tartufari l'art. 926, il quale a tutela del possesso di diritto largisce all'erede le azioni possessorie; poichè è naturale ed innegabile, che mancando un contrario precetto, tali azioni s'intendono impartite alle comuni condizioni e sottoposte alle norme ordinarie.

Non posso terminare questa discussione senza prendere in esame le ragioni addotte dai professori Fadda e Bensa (1) per dimostrare ammessibile il possesso del diritto ereditario. Essi lo fanno consistere in una condizione di cose che corrisponda pienamente alla esplicazione del diritto. La serie degli atti costituenti il possesso deve accertare in modo univoco l'esercizio del diritto ereditario, di modo che dalla semplice loro ispezione apparisca che il possessore vuole esercitare di fatto il contenuto del diritto stesso. In altre parole il possesso deve rappresentare una *pro herede gestio* in senso assolutamente diverso dal tradizionale modo di accettare un'eredità deferita. L'ammissibilità di questo possesso risponde perfettamente, a loro avviso, alla evoluzione che le dottrine germaniche e canoniche hanno determinato relativamente al concetto del possesso.

Queste ragioni non mi persuadono. Le innovazioni introdotte dal *Jus* Canonico e dalle costumanze germaniche hanno certamente influito sulla evoluzione del concetto possessorio ma non furono che parzialmente accolte nella patria legislazione. Il possesso, come ho più volte rilevato, non è qualsiasi esercizio di un diritto, ma è un istituto con un contenuto suo proprio, con confini precisi, con contorni nettamente delineati; non si applica indistintamente a tutti i diritti, ma solo alla proprietà e ad alcuni fra i diritti reali. Ora, poichè sul patrimonio ereditario un diritto di proprietà o in genere un diritto reale non si può concepire, come insegnano gli stessi

---

(1) *Note al Windscheid*, I, parte 2ª, pag. 505.

Fadda e Bensa (1), concepire neppure si può il possesso del *jus hereditarium*. Ma procediamo. Il possesso della eredità consisterebbe in una specie di *pro herede gestio* materialmente simile a quella che per l'erede vero costituisce accettazione. Di *pro herede gestio* di questo genere non è possibile immaginare se non quella posta in essere dall'erede apparente. Ma non è certamente ad una tale ipotesi che volsero il pensiero i due scrittori. Ed a ragione, perchè l'erede apparente deve avere un titolo (legge o testamento) che allo stato delle cose legittimi il suo possesso. Una *pro herede gestio* per parte di persona assolutamente estranea, priva di qualsiasi titolo che la metta in contatto colla eredità, non è supponibile; in questa ipotesi si potrà avere il possesso dei singoli beni, non l'esercizio del diritto ereditario.

112[bis]. — Anche l'azienda commerciale, e cioè quella parte del patrimonio, che dal commerciante viene destinata all'esercizio mercantile, e che comprende merci, crediti, debiti, avviamento, e può comprendere anche degli immobili, è da parecchi autori ritenuta capace di possesso. Si è osservato che la natura stessa dell'azienda consente la visibilità dell'esercizio di fatto del relativo diritto e la posizione di uno stato di cose idoneo a far apparire come proprietario di essa chi se ne trova a capo (2). Poco addietro espressi l'opinione che l'azienda commerciale nella configurazione di parte del patrimonio destinata al commercio non può considerarsi come un'*universitas juris*. Del resto come il patrimonio nella sua integrità, come la stessa *hereditas* non sono suscettibili di possesso, così per parità di ragione neanche l'azienda mercantile può esserne capace. Un complesso di rapporti giuridici, un *quid* assolutamente immateriale non può essere posseduto. L'azienda mercantile in questa configurazione comprende i crediti, i debiti, l'avviamento. Quale possesso è mai possibile su queste cose e segnatamente sull'avviamento e sui debiti? Del resto l'ipotesi di un possesso esercitato sull'azienda di altrui spettanza non è immaginabile che nel caso dell'erede apparente. E allora avremo un possesso, ma sorretto da un titolo, che pel momento lo giustifica; e di più questo possesso non potrà scindersi dall'esercizio del diritto ereditario.

Se poi l'azienda mercantile venga riguardata come un'*universitas facti* consistente nella collezione delle merci, giusta le idee svolte al n° 109 e segg., sarà possibile il possesso non della collezione, ma dei singoli suoi componenti.

---

(1) L. c., pag. 504.

(2) Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, I, parte 2ª, pag. 509.

SEZIONE II.

Specie. — Acquisto, conservazione e perdita del possesso.

113. — *Specie del possesso.* — La determinazione del numero, delle qualità e dei nomi delle varie specie di possesso fu oggetto di una lunga disputa tra gli Interpreti del Diritto Romano. Il maggior contrasto si fece sul significato dei termini *possessio civilis* e *possessio naturalis*. Un'opinione, che si può dire prevalente, insegna che quel Diritto conosceva tre specie di possessi: 1° un semplice potere fisico non accompagnato dalla volontà di possedere, che si chiamava *possessio naturalis*, per significare che è estraneo alla legge civile; 2° un potere fisico accompagnato dall'*animus domini;* possesso in senso giuridico, tutelato dagli interdetti, a cui si applica per eminenza il termine *possessio*; 3° un possesso non solo giuridico, ma avente un carattere civile o per la sua origine o pei suoi effetti; la *possessio civilis* o ad *usucapionem* (1).

Il Diritto Patrio non conosce più queste distinzioni e queste denominazioni, le quali in pratica tornano utilissime, poichè determinano con precisione i correlativi concetti giuridici, che nessuna legge può abolire, perchè rispondenti alla realtà delle cose.

Il nostro Codice accorda la protezione legale ad un solo possesso, quello che esso chiama legittimo, e definisce nell'art. 686. Può dirsi

(1) Vedi MAYNZ, *Droit Romain,* I, § 83.

che nell'attuale sistema il solo possesso legittimo merita di essere chiamato giuridico, poichè nessun altro ha importanza in diritto civile. I requisiti di questa specie di possesso, importantissima perchè base dell'azione possessoria e dell'usucapione (art. 694 e 2106), dovranno essere illustrati in apposito capitolo; in questo luogo basterà accennarli. Il possesso legittimo è quello accompagnato dall'*animus domini*, che non sia cominciato *vi, clam aut precario;* che sia stato continuo, non interrotto, pubblico, pacifico, non equivoco. Ogni altra forma del possesso non è tenuta in calcolo dal legislatore se non per quel tanto che è necessario a rimuovere ogni pericolo di disordine. Un dubbio potrebbe sorgere dalla definizione del possesso data dall'art. 685 Cod. civ., il quale non richiede altri elementi che questi due: potere fisico sulla cosa; animo di padroneggiarla; sicchè il possesso legittimo, che oltre a questi due deve avere altri requisiti, pare essere piuttosto una specie del possesso giuridico riconosciuto dal patrio Codice, che non il genere. Il dubbio ha ragion d'essere logicamente, legalmente no. A dissiparlo basti notare che il *possesso* giuridico non ha alcun effetto: solo quello legittimo è coperto dall'azione possessoria; solo esso è capace di produrre l'usucapione. Al contrario l'azione di spoglio determinata da motivi d'ordine pubblico difende tanto il possesso legittimo, e quello semplicemente giuridico, quanto la detenzione precaria, sì che ingiustamente usurpa il nome di azione possessoria, e meglio che tra le azioni possessorie avrebbe dovuto trovar sede fra quelle nascenti *ex delicto* (1).

113bis. — Altra divisione importante, non per sè stessa, ma per gli effetti, è quella di possesso di buona fede e possesso di mala fede. Possesso di buona fede è quello che taluno ha come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del qual titolo ignora i vizi (art. 702 Cod. civ.): e per esclusione è di mala fede ogni altro che non presenti un carattere siffatto. Il possesso di buona fede ha una particolare importanza per l'acquisto dei frutti della cosa altrui e per l'usucapione decennale.

Il possesso dividesi ancora in giusto ed ingiusto. La distinzione è determinata dal modo, con cui esso ha avuto origine. È ingiusto quel possesso che venne acquistato con atti violenti, clandestini o precarii, giusto ogni altro. La distinzione è di non poco momento per l'acquisto del possesso legittimo, perchè tutti gli atti, che rendono ingiusto il possesso, impediscono eziandio che diventi legittimo.

---

(1) Vedi C. C. Torino, 24 gennaio 1889, 30 novembre 1883, *Legge*, 1889, I, 515; 1884, I, 660; Trib. Piacenza, 14 dicembre 1890, *Legge*, 1891, I, 596.

114. — L'inizio del possesso è un momento degno del maggior riguardo, perchè segna il principio del tempo occorrente ad usucapire e dell'anno necessario all'azione possessoria, ed è protetto dall'*actio spolii* procedente a difesa di chi abbia posseduto anche un solo istante (1). L'importanza di questo momento era già stata rilevata dall'antica Giurisprudenza: *non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est* (2).

I Giureconsulti Romani studiarono e discussero con cura e diligenza notevolissime le questioni concernenti l'acquisto del possesso. Il nostro Codice, sulle traccie del Napoleonico, ha serbato il più alto silenzio, mostrando così di voler rimettere tutta la disciplina di tale materia alle norme sancite dall'antica Sapienza, per quanto si possano adattare alle mutate condizioni sociali ed alle innovazioni introdotte nel concetto del possesso. Nelle fonti adunque, e nei principii supremi di ragione dobbiamo ricercare le regole, che governano l'acquisto del possesso.

Poichè il possesso ridotto alla sua più semplice espressione è il risultato di due elementi: potere fisico su di una cosa, volontà di tenerla come padrone, ragion vuole che l'acquisto di esso sia l'effetto del concorso di ambidue. Ed è ciò che formalmente insegna Paolo, chiamando *corpus* l'elemento fisico; *animus* il morale: *adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore* (3).

Ad acquistare il possesso occorre un fatto, che metta la cosa a disposizione dell'acquirente. Io non posso che accennare di volo le lunghe controversie, a cui diedero luogo i responsi non sempre coerenti dei Romani Giureconsulti. Una dottrina, che fu per lungo tempo accolta senza contrasti, proclamava necessario un contatto materiale della persona, che voleva acquistare, colla cosa che si voleva possedere, od una trasmissione da mano a mano (4) e per spiegare quei testi, in cui si ammetteva l'acquisto non ostante il difetto del contatto materiale, ricorreva alla teoria della tradizione

---

(1) Anche *l'actio in rem Publiciana* era accordata a colui, che avesse posseduto un solo momento, come ne fa fede Paolo nel Fr. 12, § ult., D. *de Publ. in rem act.:* " Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur ". Singolare questa simiglianza tra *l'actio spolii* che è la più umile forma della protezione del possesso e la Publiciana che è la più elevata.

(2) Fr. 6, pr. Verb. *Is autem*, D. *de poss.*, Cujacius nei commenti a questa l. insegna che *obtinendae* in essa significa *non mutandae;* io penso più semplicemente che equivalga a *retinendae*. Vedi Cuj., *Op. omn.*, Ed. Prat., Tomo IV, col. 195.

(3) Fr. 3, § 1, D. *de poss.*, 41, 2.

(4) Arndts-Serafini, *Pandette*, § 135.

finta o simbolica. Il Savigny con una critica vigorosa e profonda dimostrò che l'apprensione richiesta dal Diritto Romano per l'acquisto del possesso consisteva nella facoltà attuale spettante all'acquirente di padroneggiare la cosa e di materialmente disporne (1). Ora quest'attitudine a mettere la cosa a disposizione dell'acquirente si trova eziandio nelle cosidette tradizioni finte o simboliche, nelle quali non havvi altro di singolare se non questo che l'atto materiale o resta celato o non è necessario, perchè ha preceduto l'acquisto. Debbono quindi rigettarsi come irrazionali e inutili allo svolgimento della teorica tutte quelle finzioni, che gli antichi Interpreti erano venuti introducendo ed elaborando.

Qualunque atto, che metta la cosa a disposizione di chi vuol acquistare, è sufficiente a dar vita all'elemento materiale, al *corpus*. A conoscere dell'idoneità dell'atto, bisogna distinguere l'acquisto di un possesso vacuo o col consenso del precedente possessore da quello compiuto contro la sua volontà. Nella prima ipotesi si riterrà idoneo qualsivoglia atto con cui taluno s'immetta nel possesso vacante, o con cui il precedente possessore metta l'acquirente in condizione di poter esercitare sulla cosa un potere esclusivo. In coerenza a tali principii la Romana Legislazione riconosceva sufficienti all'acquisto del possesso la consegna delle chiavi del granajo, ove si trova il frumento venduto, in luogo poco distante, *apud horrea;* il mettere alcuno a custodia della catasta di legna o delle anfore di vino che vennero comprate; il fatto del venditore che mostri al compratore da una torre di questo il contiguo fondo vendutogli e dica di consegnargli il vacuo possesso (2).

Il diritto odierno ha sempre più allontanato il concetto dell'acquisto del possesso dall'idea di un contatto materiale dell'acquirente colla cosa. Così in forza dell'art. 1464 del Cod. civ., la rimessione dei documenti della proprietà (3) o delle chiavi dell'edifizio equivale alla consegna degl'immobili.

---

(1) Come giustamente rileva il Windscheid, § 153, nota 4, non è necessario che il possessore abbia la possibilità d'impedire ogni azione altrui sulla cosa ma basta che attualmente nessuna forza estranea escluda la sua.

(2) Fr. 74, *de contrah. empt.*, 18, 1; Fr. 51, *de poss.*, 41, 2; Fr. 18, § 2; I, § 21, *de poss.*

(3) La teorica dell'acquisto del possesso era già giunta nella Romana Giurisprudenza a tal grado di evoluzione da equiparare alla tradizione del possesso la consegna dei titoli comprovanti la proprietà? Il rescritto degli imperatori Severo ed Antonino contenuto nella L. I. C. *de don.* 8, 54, giustifica l'affermativa. Esso è così concepito: " Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere „. Un'opinione au-

Nella seconda ipotesi l'atto di apprensione deve essere molto più energico, perchè in tal caso non solo deve servire all'acquisto del possesso, ma ancora a far cessare quello del precedente possessore.

114[bis]. — Il possesso può essere acquistato per mezzo di rappresentanti. In questa evenienza ai rapporti nascenti dall'acquisto del possesso si aggiungono quelli creati dall'intervento del terzo, che presta la sua opera nell'acquisto. È quindi necessario che il rappresentante compia l'atto di apprensione nello stesso modo in cui lo effettuerebbe il rappresentato, colla coscienza di acquistare il possesso e colla volontà di acquistarlo per questo. In un solo caso il Diritto Romano reputa acquisito il possesso al mandante malgrado la contraria volontà del mandatario: nella tradizione del possesso fatta dal precedente possessore al rappresentante dell'acquirente, nella quale prevale la intenzione del cedente, e resta inefficace quella del mandatario di acquistare per sè o per altra persona. L'eccezione è stabilita da questo responso di Ulpiano: " Nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit " (1). Nella patria legislazione questa eccezione non

---

torevole sostenuta dal Savigny, *Poss.*, § 16, afferma che devesi ritenere simultanea alla consegna degli istrumenti di compra la presenza degli schiavi donati. Ma di questo presupposto non vi ha traccia nel rescritto, il quale in modo reciso equipara alla tradizione degli schiavi la consegna degli istrumenti di compra, mentre ove questa equiparazione non fosse stata reputata possibile, non avrebbe per certo taciuto degli altri elementi necessari ad integrare la tradizione e a rendere possibile l'esercizio della *rei vindicatio*. È poi chiaro che se colla tradizione dei titoli di proprietà fosse concorsa la presenza degli schiavi, non poteva sussistere il dubbio sottoposto alla risoluzione degli Imperatori.

(1) Fr. 13, *in fin. de donationibus*, 39, 5. Idem Savigny, § 26. L'esistenza di questa regola nel Diritto Romano, la quale fino a poco tempo fa era da tutti ammessa, è stata recentemente combattuta. Si è sostenuto che la decisione contenuta nel Fr. 13, *de don.* deve limitarsi al caso in cui il rappresentante non manifesta una volontà diversa da quella del tradente. Maynz, § 85; Windscheid, § 155, nota 7. È bensì vero che il Fr. 37, § 6, *de a. r. d.*, 41, 1 trattando la stessa fattispecie del Fr. 13, *de don.* dice che data la diversità di intenzioni tra il tradente e il ricevente " nihil agetur ". Ma è plausibile la considerazione del Savigny, che questa espressione debba intendersi che " nihil agetur ex mente procuratoris ". A confortare l'opinione del Savigny serve mirabilmente quanto si dispone nello stesso Fr. 37, § 6 in fine a riguardo dello schiavo comune a due padroni, che ha l'intenzione di acquistare non solo per quello dei padroni, a cui si rivolge la volontà del tradente, ma anche per l'altro. Ebbene in questo caso è testualmente stabilito che " in parte alterius domini nihil agetur ". Dunque tutto l'affare s'intende esercitato per conto del solo

è stata riprodotta, e perciò bisognerà seguire la regola adottata dal Diritto Romano nel solo caso in cui l'*accipiens* non abbia con atti esteriori manifestato la volontà di non acquistare pel suo rappresentante, poichè la sua intenzione rimasta chiusa nel suo animo non può mutare la qualità di mandatario che egli riveste, e dare un diverso carattere al possesso da lui assunto.

Naturalmente anche nell'acquisto per mezzo di rappresentanti è necessario concorra la volontà di colui, in cui nome e vantaggio l'acquisto si compie. Donde segue che non si può ritenere a noi acquisito il possesso, se non abbiamo dato l'ordine di acquistare una determinata cosa, peggio ancora se ignoriamo persino che ne venne fatta l'apprensione, quantunque un terzo abbia acquistato il possesso in nostro nome. La semplice *negotiorum gestio* non ci giova perchè il suo supposto implica l'assoluta nostra ignoranza dell'atto compiuto dal gestore. Ma posto, che in appresso ratifichiamo l'opera del gestore, da qual momento ci gioverà il fatto di lui? La Romana Giurisprudenza aveva ritenuto che il possesso sia acquistato soltanto dal momento della ratifica (1). In contrario si è osservato che questa produce una trasmissione della volontà possessoria dal gestore al rappresentato, e che perciò concorrendo i due elementi del possesso anche pel tempo anteriore, essa deve avere il solito effetto retroattivo, e che di conseguenza il possesso si fingerà acquisito fin dal momento in cui il gestore ne fece l'apprensione (2). Questa obbiezione non è fondata. L'efficacia retroattiva della ratifica non può estendersi all'acquisto del possesso, il quale è nella sua essenza un fatto, che deve effettivamente e materialmente esistere, e non può essere supplito da finzioni create per altri rapporti (3).

Tuttavia non è necessario che l'acquirente abbia conoscenza del momento preciso, in cui l'apprensione viene effettuata. Quando abbiamo dato l'ordine di prendere posssesso della cosa, ed il nostro rap-

---

condomino a cui il tradente vuole trasmettere il possesso. Del resto nel Fr. 37, § 6, *de a. r. d.* non vi ha alcun cenno di estrinsecazione di una diversa volontà per parte del ricevente; la posizione di fatto è identica a quelle del Fr. 13, *de don.* Dunque o si ammette la interpretazione professata dal Savigny, o ammetter si deve che tra i due testi vi ha un'antinomia irriducibile.

(1) Fr. 42, § 1, D. *de poss.*, 41, 2; Paul., 5, sent. 2, § 2; Idem Savigny, § 26; Maynz, § 85.

(2) Windscheid, § 155, n. 10*; Troplong, 261.

(3) L'analogia fra l'ipotesi dell'acquisto operato dal *gestor negotiorum* e quella dell'acquisto fatto da un mandatario incaricato di amministrare un intero patrimonio, sostenuta dal Windscheid, l. c., non sussiste, perchè nella seconda ipotesi abbiamo a priori una delegazione di volontà inchiusa nel mandato generale, nella prima no.

presentante eseguisce il nostr'ordine, benchè noi l'ignoriamo, il possesso è da noi acquistato, perchè in realtà fu disposto della cosa a seconda della nostra intenzione (1). In questo senso ed in conformità di questo principio la Romana Sapienza diceva: *ignoranti possessionem adquiri* (2). Anzi questa massima assume una maggiore estensione nel caso di un mandatario generale *ad negotia*, di un amministratore di un intero patrimonio, poichè in queste ipotesi l'acquisto del possesso si verifica a vantaggio del rappresentato sebbene questi non abbia nè cognizione del fatto dell'acquisto nè coscienza della cosa posseduta. Ciò vale in ispecie pei rappresentanti di persone incapaci (3).

114[ter]. — Poichè al rappresentante occorrono la volontà e la coscienza dell'atto che compie, segue che sono esclusi da un'efficace rappresentanza le persone incapaci d'intendere e di volere, come il pazzo, il furioso, l'impubere in età ancora infantile. Tale esclusione era stata formalmente sancita dal Diritto Romano: " Ceterum et ille per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi. Et ideo si furiosum servum miseris ut possideat, nequaquam videris adprehendisse possessionem „ (4). Questa regola è stata combattuta dal Troplong, il quale sostenne che lo stato soggettivo del rappresentante è indifferente all'acquisto del possesso (5). Ecco in riassunto i suoi argomenti. Posto il caso di tradizione del possesso (*a fortiori* poi se con questo si trasmette anche la proprietà), per quanto concerne i rapporti tra cedente ed acquirente, poco importa che sia un incapace il rappresentante, perchè il tradente non avrà mai interesse ad opporre una simile incapacità. Può invece accadere che un terzo, il quale accampi ragioni sulla cosa, impugni l'atto di acquisto; e veramente egli avrebbe interesse ad eccepire l'incapacità del rappresentante. Ma in realtà che importa che il mandatario sia o no capace, poichè egli è un semplice strumento nelle mani del mandante? Forsechè un solco aperto, una siepe piantata da un demente non sono atti di possesso visibili dall'avversario, idonei a dargli un avvertimento come se fossero eseguiti dal più intelligente fra gli uomini? Queste le ragioni del Troplong, le quali sono sottili, ma non persuasive. Che il possesso sia o no una *res facti*, è cosa assolutamente irrilevante quanto al decidere la proposta questione. La rappresentanza è sempre

---

(1) Così Maynz, *Cours de Droit Romain*, I, § 85.
(2) § 5, I, *per quas pers. nob. adq.*, 2, 9.
(3) Confor. Windscheid, l. c.
(4) Fr. 1, § 9, 10, D. *de poss.*, 41, 2.
(5) *Prescr.*, n. 260.

un atto giuridico; spesso anzi è l'esecuzione di un contratto. È quindi necessario che il rappresentante sia persona legalmente capace. Sarebbe contraddittorio ed assurdo che acquistasse il possesso per un altro chi non lo può acquistare per sè. Ora una conseguenza assurda dimostra che una teoria è falsa. Gli atti di un incapace possono bastare alla conservazione del possesso, perchè in questa ipotesi l'incapace non è un rappresentante, ma un semplice strumento in mano del possessore, ma sono inetti all'acquisto del possesso, che vuole una rappresentanza legalmente valida.

115. — Due forme di acquisto del possesso meritano un cenno speciale: la *traditio brevi manu* ed il *costituto possessorio*. La prima si verifica ogni qualvolta colui, che già detiene la cosa, assume col consenso del possessore, ma senza un novello atto di apprensione, la volontà di aver la cosa per sè, e dà così principio ad un possesso giuridico. Riferendosi a questi casi in cui alla detenzione viene di poi ad aggiungersi la volontà di possedere, i Giureconsulti ci parlano di acquisto del possesso *solo animo:* " Neratius et Proculus (et) solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio „ (1). E così pensavano che si acquistasse senza bisogno di apprensione il possesso del tesoro nascosto nel fondo non appena se ne scoprisse l'esistenza e si avesse la volontà di possederlo (2). La tradizione *brevi manu* valutata a siffatta stregua non è altra cosa, che un cambiamento nell'animo del possessore. Il cambiamento non incontra l'ostacolo della nota regola: *ipsum sibi causam possessionis mutare non posse*, perchè essa, creata a frenare gli acquisti sleali a cui dava luogo l'antico *usucapio pro herede*, si applica solo allora che la mutazione ha per iscopo un ingiusto arricchimento (3). La *traditio brevi manu*, compiendosi col

(1) Fr 3, § 3, D. *de poss.*, 41, 2; confor. Fr. 9, § 9, *de R. C.*, 12, 1.

(2) Cit. Fr. 3, § 3.

(3) La destinazione della regola ad impedire mezzi di acquisto ripugnanti alla pubblica morale era stata rilevata da Giuliano, come ne fanno fede i Fr. 33, § 1, *de usurp.*, e Fr. 2, § 1, *pro herede*, tratti ambedue dal Lib. 44 dei suoi Digesti. Cit. Fr. 33, § 1: " Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere, et *lucri faciendi* causa inciperet possidere „. Nelle varie ipotesi di *traditio brevi manu* le Fonti avvertono che la cosa deve ritenersi come nuovamente consegnata a chi ha già la potestà di fatto su di essa " pro tradita erit accipienda „. Fr. 9, § 1, D. *de publ.*, 6, 2; " pro tradita habetur „ Fr. 62, D. *de evict.*, 21, 2; e che si ammette l'efficacia del consenso prestato dal proprietario o possessore all'appropriamento della cosa per parte del detentore senza bisogno di una tradizione sufficientemente supplita dal fatto della detenzione, Fr. 9, § 5, D. *de a. r. d.*, 41, 1.

consenso dell'antecedente possessore, esclude ogni sospetto di un illecito profitto, e non soggiace all'applicazione della regola suddetta.

Il costituto possessorio si può chiamare il rovescio della *traditio brevi manu*, come quello che si verifica quando l'attuale possessore cede il possesso e si costituisce detentore a nome dell'acquirente. Il concetto è nitidamente scolpito nel seguente responso di Celso: " Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio " (1).

Il costituto possessorio è la conseguenza di un negozio giuridico, per cui l'attuale possessore deve cedere la cosa ad altra persona per riprenderla immediatamente ad un nuovo titolo *(causa detentionis)* che lo renda detentore a nome della medesima. Esso suppone una consegna ed un'immediata riconsegna ommesse per brevità col risultato di lasciare inalterato lo stato materiale delle cose e di mutare semplicemente l'*animus* di chi fino a quel momento possedeva (2).

Il c. p. può essere stabilito mediante un patto aggiunto ad un contratto traslativo della proprietà, e può anche essere implicito nel contratto stesso. Di queste svariate forme di creazioni del costituto possessorio abbiamo i seguenti classici esempi:

1° Taluno dona od altrimenti aliena ad altri un suo fondo, e lo prende in affitto dall'acquirente. Di questa ipotesi tratta il Fr. 77, D. *de rei vind.*, 6, 1: " Quaedam mulier fundum (ita) non marito donavit per epistolam et eundem fundum ab eo conduxit; posse defendi in rem ei competere quasi per eam acquisierit possessionem, veluti per colonam ".

2° Il donatore o venditore, che si riserva l'usufrutto della cosa alienata, si costituisce possessore a nome dell'acquirente. È quanto espressamente dice la l. 28. Cod. *de donationibus*, 8, 53.

3° Lo stesso avviene quando il creditore pignoratizio lascia in precario al debitore la cosa sottoposta al pegno, come sanciscono il Fr. 15, § 2, D. *qui satisd. cog.*, 2. 8, e il Fr. 36, D. *de poss.*, 41, 2 (3).

---

(1) Fr. 18, D. *de poss.*

(2) Non può quindi considerarsi come un c. p. la nuda dichiarazione dell'attuale possessore di voler per l'avvenire possedere per altri. Contra WINDSCHEID, § 155, n. 8.

(3) Un altro caso di c. p. è stato da molti veduto nella *societas omnium bonorum*. Fr. 1, § 1, D. *pro socio*, 17, 2: " In societate omnium bonorum omnes res, quae coëuntium sunt, continuo communicantur "; Fr. 2: " quia licet specialiter non interveniat, tacita tamen creditur intervenire ". A questa opinione

Il Savigny (1) ha acutamente osservato che il costituto, ben lungi dall'essere una deviazione dai principii che regolano l'acquisto del possesso, al contrario è l'applicazione della regola, che autorizza l'acquisto per mezzo di rappresentante. La conformità teorica del c. p. ai principii non toglie che in pratica è o può essere facile strumento di frodi e di collusioni, alle quali lo rende anche troppo idoneo la sua sostanza, che cela appunto il trasferimento del possesso dall'una all'altra persona; tant'è che alcuni Statuti lo avevano vietato (2). Il nostro Codice, come quello Napoleonico, non avendo sancito alcun divieto, lo ha implicitamente autorizzato (3). In verità l'istituto della trascrizione degli atti traslativi di diritti reali immobiliari rende meno frequenti e meno gravi i pericoli. Con tutto ciò non può approvarsi l'opinione del Duranton (4), che nell'attuale sistema la traslazione della proprietà importi anche quella del possesso; in una parola, che ogni contratto di alienazione includa la clausola del costituto possessorio. Ciò non è, perchè nel rapporto creato dal contratto traslativo fanno difetto gli estremi del c. p. Sotto altro aspetto la teoria del Duranton non è logica e tanto meno legale. Non è logica, perchè altro è la proprietà ed altro il possesso; non è legale, perchè non solo non v'ha alcun testo della Legge civile che la suffraghi, ma anzi ve n'ha uno apertamente contrario; ed è quello che dichiara tenuto il venditore a consegnare la cosa venduta in potere ed in possesso del compratore (art. 1463 del Cod. civ.). Questo disposto sarebbe un controsenso, se ogni contratto di vendita implicasse un costituto (5).

116. — Il secondo elemento, cioè l'*animus*, esige che l'acquirente abbia la volontà e la coscienza di acquistare il possesso. Questo principio, ove fosse applicato in tutto il suo rigore, condurrebbe a rifiutare la potestà di acquistare il possesso a tutti coloro che sono privi d'intelletto e di volere. Tali sono le persone fisiche che non

---

non posso aderire, perchè la tacita tradizione insita nel contratto di società non pone in essere un rapporto giuridico, per forza del quale il socio conferente diventi detentore a nome degli altri.

(1) *Possesso*, § 27.

(2) Voet, *ad Pand.*, *de adq. vel amit. poss.*, 41, 2, n. 14.

(3) Tuttavia il c. p. non potrebbe ritenersi lecito nel caso del pegno, perchè riuscirebbe contraddittorio alla disposizione dell'art. 1882 Cod. civ.

(4) Confor. C. C. Roma, 16 marzo 1899, *Legge*, 1899, 1, 614.

(5) Estendo la massima affermata nel testo anche al caso della espressa dichiarazione che la cosa rimarrà presso l'alienante fino a che non sia richiesta dall'acquirente. È una dichiarazione che nulla aggiunge agli effetti normali del contratto e che non pone in essere la *causa detentionis* necessaria pel c. p.

hanno senno: i dementi, i furiosi e gl'impuberi (1), e le persone giuridiche, alle quali la legge accorda una limitata capacità di diritto. La Giurisprudenza Romana aveva espressamente stabilito che l'eredità (benchè sotto certi aspetti ritenuta capace di diritti), pure non potesse avere il possesso. " Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem non habet, quae est facti et animi „ (2).

Il Diritto Romano aveva supplito alla incapacità di cotali persone mediante l'istituto della rappresentanza, ed aveva stabilito che potessero acquistare il possesso per mezzo di coloro sotto la cui tutela od amministrazione rispettivamente si trovassero, ed anche per mezzo di libere persone (3). Che anzi ammetteva i pupilli già usciti dall'infanzia ad acquistare da sè soli il possesso, purchè fossero giunti ad un'età da aver coscienza dell'atto che compivano (4). Il diritto odierno, che ha di tanto ampliato il concetto della rappresentanza legale, non ha avuto bisogno di ricorrere a motivi di equità o di generale vantaggio, essendo bastato di applicare all'acquisto del possesso la regola ordinaria per cui i tutori e gli amministratori sostituiscono completamente entro i confini segnati dalla legge le persone da loro rappresentate.

116bis. — Che i Comuni possano acquistare il possesso per mezzo dei loro rappresentanti, se fu cosa in Romano Diritto ammessa solo dopo dubbi e contrasti (5), è oggidì un cànone inconcusso. Ma è poi ugualmente vero che essi possono acquistarlo anche per mezzo dei loro abitanti? Troplong (6) approvato da Laurent (7), ritiene l'affermativa, scostandosi da Pothier che aveva insegnato il contrario. L'argomento principale, a cui appoggia il suo assunto, è questo: che tutti i giorni si vedono allegati dai Comuni avanti i Tribunali e da questi riconosciuti idonei a provare l'origine e la conservazione del possesso gli atti di godimento compiuti dagli abitanti. Per sostenere il contrario, bisognerebbe contraddire ad una *prassi* quotidiana e ormai canonizzata dall'uso secolare. È un argomento che non solo non ha nulla di giuridico, ma che è per di più fondato su di un equivoco. È verissimo che tutti i giorni

---

(1) Fr. 1, § 3, D. *de poss.*, 41, 2.
(2) Fr. 1, § 15, D. *si is qui testam.*, 47, 4.
(3) Savigny, *Possesso,* § 26.
(4) Savigny, *Ib.*, § 23.
(5) Fr. 1, § 22; 2, D. *de poss.*
(6) *Prescr.*, n. 257.
(7) *Princ.*, XXXII, n. 267.

vengono riconosciuti dai Tribunali come prova sufficiente del possesso del Comune gli atti di godimento compiuti dai suoi abitanti (1). Questi, ad esempio, hanno pascolato nei prati dove il Comune ha diritto di pascolo promiscuo, oppure hanno tagliato legna nei boschi di cui esso vanta la proprietà; ed in caso di controversie intorno al possesso od alla proprietà il Comune prova che tale godimento ha data antica. È evidente, che in tal guisa il Comune non intende di dimostrare l'acquisto del suo possesso, ma soltanto la sua durata pel tempo necessario all'azione possessoria o all'usucapione; e che tal prova deve essergli consentita, perchè il possesso di quei beni e di quei diritti si esercita per mezzo del godimento degli abitanti. Maggior pregio non ha l'altro argomento addotto dal Laurent: che gli abitanti costituiscono il Comune, e che di conseguenza il loro possesso deve giovare a questo *cioè ad essi stessi come membri del Comune.* La troppo nota distinzione fra il Comune corpo morale, ed i suoi abitanti basta a confutare il sofisma del Laurent.

Il vero punto della questione è questo: i singoli abitanti hanno essi la rappresentanza del Comune, quando addivengono agli atti di possesso sopra specificati; od hanno almeno l'intendimento di agire anche nell'interesse degli altri abitanti, di maniera che questi possano giovarsene in virtù della massima *possessionem etiam ignoranti acquiri?* Che i singoli cittadini non abbiano la rappresentanza del Comune, è cosa da non mettersi pur in discussione. D'altra parte è probabile od almeno presumibile che essi non abbiano avuto la menoma intenzione di giovare ai loro concittadini, come persuade l'umana natura, per cui ciascuno tende al proprio, non all'altrui vantaggio. Non havvi dunque alcun motivo per cui i loro atti debbano recar profitto agli altri. Essi trarranno giovamento dal loro possesso, non il Comune, che non fu da loro neppur indirettamente rappresentato.

117. — Il possesso, dopo essere stato acquisito, deve essere conservato. Il Savigny disse che esso si conserva, fino a che non si perde, per il che poca o nessuna importanza devesi attribuire alla indagine sui modi, con cui lo si conserva, la quale avrebbe il dan-

---

(1) C. C. Torino, 24 gennaio 1884, *G. T.*, 1884, 114. La C. C. Roma, in sentenza 11 giugno 1877, *Legge*, 1878, II, 45, così diceva: " Del resto anche il fatto dei singoli abitanti, se non nuoce, può giovare al Comune, quando chi agisce lo fa come membro dell'università, e nel farlo è animato dall'intendimento di tutelare piuttosto che il proprio interesse individuale, quello collettivo del Comune, cui appartiene ".

noso effetto d'inutilmente complicare e d'intralciare lo svolgimento e l'elaborazione del concetto possessorio (1).

Non mi sembra che un'opinione così assoluta, come quella professata dal Savigny, risponda a verità ed a ragione, e meriti di essere completamente seguita. Ben vero che il possesso si conserva, fino a che non si perde: ma questa proposizione enuncia una verità generale che si acconcia a qualunque istituto giuridico e non già una regola precisa e sicura per la soggetta materia. Le quistioni, a cui può dar luogo l'esame dei mezzi, coi quali si ritiene il possesso, non scompaiono perchè se ne sopprima la trattazione; al contrario risorgono, e debbono essere risolte, quando si ricercano i modi con cui si perde il possesso. E se di ciò vuolsi una prova, ce la fornisce lo stesso Savigny, il quale nella disamina della perdita del possesso è obbligato a studiare gli effetti dell'*omissione*, in cui sia incorso il possessore. Or non è questa materia attinente alla conservazione del possesso piuttosto che alla sua perdita?

Reputo quindi necessario al completo svolgimento del tema l'indagare come si conserva il possesso.

117[bis]. — La teorica della conservazione si riassume in questo principio: che il possesso si ritiene coll'esercizio che ne faccia il possessore od altri in suo nome ed interesse. Gli giovano quindi gli atti di possesso compiuti dal colono, dall'inquilino, dall'ospite. " Possidere autem videtur quisque non solum si ipse possideat, sed etsi ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione „ (2). La massima proclamata dalla Sapienza antica fu accolta dal nostro Codice, il quale all'art. 685, come è noto, pareggia la detenzione della cosa o il godimento di un diritto che il possessore abbia per sè stesso a quelli che abbia per mezzo degli altri. In una parola, la ritenzione del possesso ammette la rappresentanza, come vedemmo ammetterla l'acquisto; ma con questa differenza, che quanto al ritenerlo la rappresentanza si concepisce in un senso molto più ampio, sì che spesso basti la sola volontà del rappresentante di fare un atto in nome del possessore benchè non vi concorra la volontà di questo.

---

(1) Savigny, *Possesso*, § 30.

(2) § 5, 1, *de interdictis*. Conformi Fr. 9; 25, § 1; 3, § 12, D. *de poss.*, 41, 2.

La stessa Legge civile ha in modo positivo ampliato il concetto della rappresentanza, reputandola esistente in certi casi in virtù di una presunzione *juris et de jure*. La presunzione trova luogo nei successori ereditarii di coloro, che cominciarono a possedere in nome altrui, i quali continuano a tenere il possesso al medesimo titolo, fino a che non lo intervertano. A questa perpetua efficacia del titolo precario non osta la contraria volontà e tanto meno la ignoranza del detentore e dei suoi successori.

118. — Il principio, che il possesso si conserva mediante l'esercizio, è combattuto da una numerosa schiera di Scrittori i quali insegnano, che per acquistare il possesso è d'uopo il concorso dei due elementi fisico e volitivo, ma che per ritenerlo basta la sola volontà. Se questa dottrina null'altro significasse, se non che la continuazione del possesso non esige l' incessante ripetersi degli atti, coi quali si estrinseca, e che qualche interruzione di non lunga durata è a sufficienza coperta dalla volontà sempre desta e persistente di ritenere la cosa e di trattarla da padrone, sarebbe consona alle pratiche esigenze ed all'equità, e da accogliersi quindi senza esitanze. Di vero la natura stessa impone di quando in quando tregua al lavoro, ed imperiosamente comanda che l'uomo, sia pure il più operoso e zelante, dopo le fatiche quotidiane si prenda il debito riposo, per rinvigorire le forze esauste dalla dura lotta della esistenza, e per prepararsi alle nuove battaglie che lo attendono allo spuntare del giorno.

Ma la teorica mentovata ha ben altro scopo, e va ben oltre a questi confini razionali ed equi ad un tempo. Essa proclama che la più lunga e completa ommissione dell'esercizio del possesso non ne impedisce la continuazione, se si mantien vivo l'*animus possidendi*. L'inerzia meno giustificata e più protratta è improduttiva di qualsiasi conseguenza, se all'inoperosità materiale supplisce l'intenzione di possedere. Una dottrina siffatta, che vuol attribuire al possesso una perpetuità ideale, e farne un *quid* simile della strada dell'Inferno, che il volgare proverbio dice lastricata di buone intenzioni, non merita certamente di essere accolta. Essa è contraria ai principii ed è difforme dalla legge. Il possesso è qualche cosa di eminentemente attivo. Libera manifestazione dell'umana operosità, che alacre persegue l'acquisto dei beni, è protetto ed innalzato alla dignità di un istituto giuridico indipendente da qualsiasi diritto, solo perchè i suoi effetti riescono benefici alla sociale convivenza, e sono salutare sprone al proprietario, perchè curi e coltivi i beni che gli appartengono. Ma se il possessore cade in quello stato d'inerzia, che al solo proprietario può condonarsi, il suo pos-

sesso cessa senz'altro, poichè l'attività è per lui legge imperiosa ed imprescindibile; ed è il correlativo necessario della protezione, che la società gli accorda.

È questa la ragione, per cui le azioni possessorie si consumano nel breve giro di un anno. Il proprietario può dormire i suoi sonni tranquilli, perchè le azioni dalla legge stabilite a tutela dei suoi diritti sono tenaci e longeve. Non così il possessore, la cui difesa presto si spunta. Sono lieto di poter allegare in appoggio della mia tesi due autorità imponenti, il Windscheid e l'Ihering. Il Windscheid (1) fra i casi di perdita del possesso *corpore* pone quello in cui il possessore, pur potendolo, trascuri continuatamente di ristabilire il possesso, e invoca il Fr. 37, § 1, D. *de usurp.*, 41, 3, che considera come vacuo il possesso di un fondo, che " ex negligentia domini vacet ". L'Ihering (2) poi così scrive: L'interesse documentato di fatto mediante il modo, con cui si adopera la cosa e si provvede alla stessa, la si protegge ed assicura, è il segnale del vero proprietario. Chi sconosce quest'interesse e per tal guisa si svincola in qualche modo dalla cosa, perde il possesso, dappoichè s'egli è ed anche resta proprietario, non sia operoso e visibile in questa qualità ed il possesso consista appunto nella visibilità della proprietà: la *diligentia* del proprietario è un indispensabile requisito del possesso (3).

Il Savigny, pur non considerando la protratta inerzia come uno dei modi con cui si perde il possesso, tuttavia stima che anche la semplice omissione può essere indizio dell'intenzione di rinunziare al medesimo. Ed anzi aggiunge che sull'effetto prodotto da questa omissione è priva di qualsiasi influenza la causa, da cui essa deriva: " Imperocchè è sommamente inverosimile che egli (il possessore) lo abbia semplicemente dimenticato, ed è qui affatto indifferente il sapere, se egli non voglia più assolutamente averlo, o se lo abbia dimesso per negligenza, o perchè finalmente un viaggio gli interessasse di più, avvegnachè tutto questo modifichi bensì i motivi della sua risoluzione, non già la risoluzione stessa, la quale, come in tutti cotesti casi è libera e diretta con piena coscienza a qualche cosa, che rende affatto impossibile l'esercizio del possesso, così necessariamente contiene ancora la rinuncia ad esso " (4). Teoricamente il pensiero del Savigny non ha affinità alcuna con quello

(1) § 156.
(2) *Fondamento della protezione del possesso*, XIII, 5, pag. 160. Traduzione Forlani.
(3) Vedi nello stesso senso Laurent, *Princ.*, XXXII, n. 268.
(4) *Possesso*, § 32.

sostenuto dall'Ihering, ma praticamente la sua presunzione di rinuncia equivale alla cessazione del possesso per omessa diligenza. Sotto questo aspetto il Savigny prende posto tra quelli che non ammettono una continuazione ideale del possesso mediante la sola intenzione.

118[bis]. — La contraria dottrina è stata propugnata con molto calore dal Tartufari (1). E poichè la controversia è di grave momento, giova prendere in esame le sue ragioni. Egli parte dall'idea che il possesso " più che nell'attuale esercizio di un diritto consiste nella potestà di esercitarlo in ogni istante a proprio talento e con esclusione di ogni altro ", e giunge alla conseguenza, che, acquistato il possesso, non lo si perde se non venga posto un ostacolo efficace per impedirne l'esercizio. Aggiunge che la sua opinione è suffragata dal principio di ragione sancito dalla Sapienza Romana secondo il quale per vedere se il possesso sia stato continuo è necessario d'indagare se abbia mai cessato di esistere, od in altri termini, se sia stato abbandonato dal possessore. A sostegno della sua opinione adduce quest'altro argomento: che il possesso è una potestà e non un dovere, che l'esercizio del medesimo è facoltativo pel possessore, che non lo perde intralasciandolo a piacer suo. " Di vero, esclama egli, il proprietario non sarebbe più libero di servirsi a proprio talento delle cose sue, e dovrebbe essere sempre ansioso sul modo di esercitare i suoi diritti per timore di perderne il possesso, e talora i diritti medesimi.... ".

Tali, concisamente riassunte, le ragioni del Tartufari, che ora scendo ad analizzare. La sua argomentazione è infetta dall'errore fondamentale di confondere il possesso *causale* che ha le sue radici nel *jus possidendi*, con quello *formale*, che ha per sua base il *jus possessionis*. Quello causale ben si può definire, col Dotto Autore, per la potestà di esercitare un diritto, anche senza il fatto presente; ma il formale ha per suo necessario contenuto l'esercizio attuale. Di vero il proprietario ed in genere il titolare di un diritto non perdono per ommissione il possesso od il quasi-possesso, per questo che il loro possesso si appoggia *ad un diritto*, il quale nel suo contenuto comprende anche il *jus possidendi* o *quasi-possidendi*, e, mentre che sussiste, loro assicura la potestà di esercitarlo. Ma ben diversa è la condizione del possesso formale, il quale non ha per sostrato un diritto efficace ed atto a mantenerlo in vita, quand'anche rimanga lunga pezza inoperoso. Esso deve tutto a sè medesimo; dalla sua attività, dall'imporsi a tutti col riconoscibile esercizio di un

---

(1) *Effetti del possesso*, vol. II, n. 738 e segg.

diritto dipende la sua esistenza non meno che la difesa largita dalla Società. Il disuso non è e non può essere compatibile colla sostanza del possesso. Donde trarrebbe esso la potestà di starsene inerte lunghi anni senza cessare dal produrre i suoi effetti? Non dalla legge, la quale, dettando che il possesso è la detenzione della cosa o l'esercizio del diritto, chiaramente esige il fatto attuale, ed in conformità concede l'azione possessoria a colui soltanto, che dia la prova di un possesso *continuo,* cominciato almeno un anno prima della turbativa. E neppure dai principii di ragione i quali al contrario ci dicono, che il possesso è nella sua sostanza lavoro, e solo a patto di essere lavoro proficuo ha ragione di esistere e di essere protetto. Non sarebbe egli un assurdo, che taluno, solo perchè eseguì trent'anni fa un atto di possesso, potesse oggi pretendere di avere acquistato per usucapione la cosa, sotto pretesto che egli conservò il possesso *solo animo, e che il suo possesso è stato continuo, non avendo mai cessato di esistere?*

Dice ancora il Tartufari che il possesso è una facoltà e non un dovere, e che invece la nostra dottrina lo impone come un obbligo, come una specie di lavoro forzato. L'argomento non è esatto e non è concludente. Non esatto, perchè nessuno intende di cucire il possesso addosso al possessore, come una nuova camicia di Nesso. Ma la legge provvida e giusta fulmina la decadenza dal *possesso formale*, come pena al negligente che non esercita i diritti e non coltiva i beni da lui posseduti senza appoggio di titoli. È inconcludente, perchè prova troppo. Invero la patria Legge, come già la Romana, espressamente dispone che le servitù periscono *col non uso.* E se un diritto reale legittimamente acquisito perisce per la protratta inerzia, non havvi ragione alcuna che lo stesso non debba accadere del possesso. Tutto si muove, tutto si agita e lavora nell'ordine giuridico, che è parte di quello naturale; il possesso è trattato alla stessa stregua di ogni altro istituto giuridico; che anzi a fil di logica la differenza non cade sulla sostanza, ma sulla gradazione. Il possesso si consuma molto più presto, che non un diritto reale, per l'ommissione del moto e del lavoro. Ma in realtà, l'inazione li consuma ambidue.

L'ultimo argomento, che il Tartufari desume dall'ansietà sulla sorte dei loro diritti, in cui dovrebbero trovarsi i proprietarii, mette sempre più in luce l'intrinseco vizio della sua opinione, la quale attribuendo al possesso causale le norme che son proprie di quello formale, giunge a conseguenze, che di necessità ripugnano a buon senso ed a legge. Ma ove si tenga presente che la continuazione è un requisito del possesso formale, non del causale, scompariranno i pericoli temuti dal Tartufari. Il proprietario non corre alcun

pericolo di perdere il possesso o peggio il diritto medesimo, ove continuamente non l'eserciti, poichè egli non perde il suo dominio *mediante il disuso*, ma solo quando altri lo abbia acquistato col possesso continuo per tutto il tempo definito. Così pure quegli, al quale compete un diritto *in re aliena*, non solo non è obbligato ad esercitarlo continuamente, ma è anzi sicuro di non perderlo, quando nel tempo occorrente a prescriverlo l'abbia esercitato anche una sola volta, perchè la legge dispone che i diritti reali si estinguono *pel non uso* durato tutto il trentennio, e non pel difetto di un esercizio continuo (1).

118[ter]. — Mal a proposito s'invocano a sostegno della contraria dottrina alcuni responsi della Romana Giurisprudenza, donde si pretende desumere che essa abbia stabilito la continuazione *solo animo* del possesso. Che ciò non sia risulterà dall'esame di quei testi.

Comincio dalla l. 4, C. *de acq. vel. ret. poss.*, 7, 32, che contiene un importante rescritto di Diocleziano e Massimiano: " Licet possessio nudo animo acquiri non potest, tamen solo animo retineri potest; si ergo praediorum desertam possessionem, non *derelinquendi* affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti, praejudicium tibi ex transmissi temporis injuria generari non potest ". Il caso deciso da questo rescritto è il seguente. Il possessore per una paura ragionevole e giustificata dalla necessità (*metus necessitate*), come sarebbe per un infuriare di epidemia o per un'invasione di nemici, dovette lasciare incolti per parecchio tempo i suoi campi, ma persistette nel proposito di conservarne il possesso e nuovamente esercitarlo, non appena cessata la causa, che attualmente glie ne rendeva impossibile od almeno sommamente pericoloso l'esercizio. Si dubitava, se, date circostanze di tal fatta, si dovesse considerare come conservato il possesso. Gli imperatori Diocleziano e Massimiano sancirono l'opinione più favorevole al possessore. E giustamente. Contro il possessore, che non volontariamente disertò il possesso, ma costretto da forza maggiore e da eventi fortuiti, non potevasi elevare, come causa d'interruzione, la mancanza di un esercizio continuo. L'abbandono volontario dipendente da ignavia è punito dalla legge, che lo equipara all'esplicita rinunzia, non quello imposto da una forza maggiore. Se in contrario si obbiettasse, che il rescritto afferma a guisa di regola generale, che il possesso *solo animo retineri potest*, e ne contrappone anzi la continuazione al-

(1) Vedi C. C. Torino, 21 marzo 1888, *Giur.*, 1888, 217.

l'acquisto, risponderei che da tutto il suo contesto apparisce che, ben lungi dallo stabilire una regola generale, ha lo scopo di dimostrare che sonvi casi eccezionali in cui la conservazione del possesso si ottiene mediante la sola volontà. E che sia questo il il concetto dominante nel rescritto, ci persuade il riflesso, che gli Imperatori rescriventi attinsero la ragion di decidere la controversia loro sottoposta non già dalla massima: *possessionem solo animo retineri*, ma dalle speciali circostanze del caso (1).

Con minor profitto si portano in mezzo altri testi, ove si fa cenno di continuazione del possesso *solo animo*. Non ve n'ha uno, che proclami la pretesa massima generale; tutti invece concernono casi singolari. Vediamo, ad esempio, il § 5, I, *de interdictis*, 4, 15. " Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet, id est ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen si non *relinquendae possessionis animo, sed postea reversurus* inde discesserit, retinere possessionem videatur ". Ma è questo il concetto vero e praticamente accettabile della continuazione. Può accadere, accadrà anzi di frequente che il possessore debba allontanarsi per qualche suo negozio dal fondo, ma coll'intenzione di ritornarvi al più presto, e che durante la sua assenza nessun altro sia nel fondo a nome di lui. È giusto e necessario, che durante cotali brevi assenze imposte e giustificate dai quotidiani bisogni il possesso si ritenga *solo animo*, e che le passeggiere interruzioni degli atti possessorii, le quali ne derivano, siano colmate dalla perseverante volontà di conservare il possesso. Che il detto § 5, I, debba così interpretarsi, è provato dal Fr. 37, § 1, D. *de usucapionibus* (2), in cui una lunga assenza non legittimata da alcuna causa di forza maggiore o di pubblico servizio (l. 4, C. *de acq. vel ret. poss.*, 7, 32; l. 2, C. *quibus non objic.*, 7, 35), viene pareggiata alla negligenza del proprietario, e considerata come causa della perdita del possesso. Nel che ci rafferma il Fr. 4, § 28, D. *de usucap.*, secondo il quale chi s'immette *nel vacuo possesso*, e poscia respinge colla forza il padrone che ritorna, non si reputa violento possessore. È manifesto che la *vacua possessio* nella specie decisa dal detto Fr. 4, § 28, non è altra che quella determinata dal Fr. 37, § 1, *eod. T.*

Altri testi affermano che il possesso dei pascoli (*saltus*), invernali od estivi si conserva *solo animo* nei tempi durante i quali per la natura stessa della loro coltura sogliono abbandonarsi. " Saltus

---

(1) In senso confor. IHERING, Op. cit., XIII, 5, pag. 165.

(2) " Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae *vel ex negligentia* domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, *vel longo tempore* abfuerit ".

hybernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus „, dice Paolo nel Fr. 3, § 11, D. *de poss.* (1). L'eccezione è perfettamente ragionevole. Poichè i pascoli non danno vantaggio se non in alcune stagioni dell'anno, solo in queste il proprietario, anche diligentissimo, li cura e custodisce; nelle altre, in cui ogni diligenza sarebbe sprecata, li abbandona per attendere ad altri più proficui negozii. Ora dal possessore si può esigere la sola diligenza che adopera lo zelante proprietario, e non gli si può imporre un esercizio materiale, che sarebbe completamente inutile. È vero che Ulpiano pare abbia esteso oltre questi confini il concetto della ritenzione *solo animo*, avendo egli scritto nel Fr. 1, § 25, D. *de vi et vi armata*, 43, 16: " Quod vulgo dicitur, aestivorum hybernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedimus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est „. Ma poichè Ulpiano non stabilisce i limiti entro i quali può ammettersi la conservazione intenzionale del possesso, siamo obligati ad andarli rintracciando in quegli altri responsi i quali, come sopra dimostrai, li hanno con sufficiente precisione determinati.

A sostegno della contraria tesi si allega anche il Fr. 32, § 1, D. *de poss.*, il quale così suona: Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet „. La specie è questa: Tizio affitta un suo fondo a Cajo, il quale lo vende a Sempronio, e lo prende in affitto anche da questo (costituto possessorio). Cajo continua a corrispondere il cànone di affitto anche a Tizio, mantenendolo così nell'ignoranza di ogni cosa. Postasi la questione se il primo locatore avesse conservato il possesso per mezzo del fittajuolo, Paolo la risolse in favore di lui. In questa specie non si trattava di un possesso conservato per mezzo del nudo animo. Al contrario eranvi due possessi in urto; ma tutti e due corporali ed esercitati per mezzo del colono *(corpore alieno)*. Ora, benchè nell'apparenza i due possessi si presentino in condizioni identiche, tuttavia è facile vedere che in realtà il possesso del primo locatore non è mai stato intervertito, perchè l'artifizio di continuare il regolare pagamento dell'affitto coll'intento di mascherare l'alienazione conserva alla detenzione del conduttore il carattere che aveva prima della vendita. Ma è così vero che la decisione della controversia non è determinata dalla idea della conservazione intenzionale del possesso, che lo stesso Giureconsulto ha cura di avvertirci che: " prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet „. Tant'è

(1) Conformi Fr. 44 in fin., 45, 46, D. *de poss.*

che la soluzione sarebbe stata diversa, se l'affittuario non avesse più pagato il cànone di affitto all'antico locatore (1), o se pur continuando a pagarglielo per non destare sospetti, avesse fatto la consegna del fondo al compratore (2).

119. — Da questa indagine risulta che la dottrina della perpetuità ideale del possesso non è meno dissonante dalle fonti di quel che sia contraria alla ragion logica e giuridica.

Ed è non lieve conforto il vedere che la verità ha tanta forza da farsi strada anche fra mezzo alle più ingegnose argomentazioni. Quegli stessi, che più virilmente propugnano una perpetuità siffatta, sono poi obbligati nell'attuazione dei loro concetti ad adottare temperamenti ed a discendere a frequenti transazioni colle esigenze pratiche, per non giungere a conseguenze, che troppo aberrano dal buon senso. Odasi, ad esempio, il Troplong (3): " Quando si fa uso di una cosa soltanto a lontani intervalli, ed il possesso ne è timido, raro e discreto, la presunzione di proprietà non collegasi con simili atti, i quali presentano piuttosto il carattere della tolleranza. Bisogna che il possesso si spieghi animosamente ed autorevolmente; le sue opere debbono accennare a qualche cosa di esclusivo e di geloso; esso è nullo, quando si avvolge tra le cautele, e si nasconde sotto lunghe intermittenze ". Togliendo le circonlocuzioni, che nuociono alla precisione del concetto, tanto valeva il dire che il possesso formale deve essere operoso, assiduo e visibile.

Lo stesso Troplong riconosce che il possesso dei diritti *in re aliena* non può essere semplicemente intenzionale, a ciò opponendosi l'efficacia del non uso su quei diritti, ed insegna che, ove si trovino in urto due possessi l'uno esercitato corporalmente, l'altro mantenuto *solo animo*, quello deve avere la prevalenza (4).

È poi opinione generale, che il possesso dovrebbe ritenersi cessato, quando altri fosse entrato nel fondo e ne avesse preso ed esercitato il possesso; la più ferma intenzione non varrebbe ad escludere l'efficacia del possesso reale da altri esercitato.

Insomma sotto ogni rispetto si rivela insostenibile, e non sostenuta di fatto se non con molti temperamenti la dottrina del possesso intenzionale.

Riesce quindi oziosa l'indagine dell'influenza che possano avere

---

(1) Vedi Fr. 3, § 9, D. *de poss.*, e Cujacius ad l. 32, § 1, D. *de poss.* Op. Omnia, Ed. Prat., Tom. 4°, col. 215.

(2) Vedi Fr. 29, pr. D. *quib. mod. ususf.*, 7, 5.

(3) *Prescr.*, n. 337.

(4) *Prescr.*, n. 264.

i vestigi visibili e permanenti di opere antiche, mediante le quali veniva di già esercitato il possesso (1). L'esistenza di tali vestigi è la prova più luminosa del lungo abbandono, in cui fu lasciato il possesso, e della conseguente sua perdita per omissione, e a tale stregua venne valutata dalla Legge positiva siccome emerge dall'art. 669 del Cod. civ.: " La sussistenza *di vestigi di opere*, colle quali si praticava una presa d'acqua, non impedisce la prescrizione; per impedirla si richiedono l'esistenza e la conservazione in istato di servizio dell'edifizio stesso della presa, ovvero del canale derivatore ".

120. — Riassumo la dottrina della ritenzione del possesso in alcune regole generali:

1ª Per la conservazione del possesso abbisogna il concorso dei due elementi che lo costituiscono; vale a dire tanto il perseverare dell'*animus domini* quanto l'attualità dell'esercizio del diritto, che forma il suo oggetto.

2ª La prima regola non significa che la continuazione del possesso esiga un esercizio incessante, senza alcuna intermittenza. La continuità non è esclusa da quelle brevi soste, che la necessità di riposare dalle fatiche, le molteplici esigenze della vita, degli altri negozii, le svariate circostanze di fatto possono determinare e giustificare. Ciò che vuolsi, è che il possessore si comporti alla guisa di un buono e zelante proprietario, e possa provare *omnia ut dominum gessisse* (2).

3ª La continuità del possesso vuol essere valutata a seconda dell'indole del possesso e della cosa posseduta. Una casa, ad es., deve continuamente essere abitata, perchè capace di esserlo continuamente e perchè tale è la sua destinazione. Un podere invece non può essere continuamente lavorato; p. e., nei mesi invernali, in cui è coperto dalla neve. La stessa differenza delle colture produce una diversità nei criterii con cui si apprezza la continuità. Un bosco ha molto minor bisogno d'essere coltivato che non un orto od una vigna; sicchè quella serie di atti che potrebbe per avventura parer meno che sufficiente a mantenere il possesso di questi ultimi, sarebbe probabilmente esuberante per la conservazione del possesso di quello (3).

4ª Al principio generale il Diritto Romano e la Giurispru-

---

(1) Troplong, *Prescr.*, n. 343; Tartufari, *Eff. Poss.*, n. 741 e 743.

(2) L. 2, C. *de acq. vel ret. poss.*, 7, 32.

(3) È questa probabilmente la ragione per cui Paolo insegnò che: *Iter sepulchro debitum non utendo nunquam amittitur.* Fr. 4, D. *quemad. serv. amit.*, 8, 6.

denza introdussero alcune eccezioni perfettamente consone alla ragion logica e giuridica, che verrò qui enumerando;

Caso in cui il possessore, benchè persistente nella volontà di conservare il possesso, pure dovette abbandonare la cosa posseduta per ragionevole paura di gravi mali (l. 4, C. *de acq. vel ret. poss.*, 7, 32). Il concetto espresso dalla cit. l. 4, C., si estende per analogia ad ogni caso, in cui l'interruzione dell'esercizio è imposta da una causa di forza maggiore, come sarebbe un decreto della Pubblica Autorità (1).

Caso in cui il rappresentante (colono, enfiteuta) abbandona il possesso, fino al momento in cui il possessore ha notizia dell'abbandono (2).

Possesso dei pascoli estivi od invernali, durante quelle stagioni in cui il pascolo non suole esercitarsi (3).

121. — Il possesso, essendo il risultato della detenzione della cosa e della volontà di averla per propria, strette fra loro dal rapporto di causalità, deve necessariamente cessare ogni qual volta vengono a mancare tutti e due gli elementi od anche uno solo di essi (4).

---

(1) Vedi C. C. Torino, 23 gennaio 1883, *G. T.*, 1883, 211, ove la massima espressa nel testo è applicata al caso in cui l'esercizio del diritto (nella specie accesso ad un pozzo) era stato impedito dalla Pubblica Autorità.

(2) Fr. 3, § 8, D. *de poss.*, 41, 2.

(3) Fr. 3, § 11; 44 fin. 45; 46, D. *de poss.*; Fr. 1, § 25, *de vi*, 43, 16.

(4) I Fr. 8, D. *de poss.*, 41, 2, e 153, D. *de R. J.*, 50, 17, esigono la cessazione di entrambi gli elementi: " quemadmodum nulla possessio acquiri potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est ". Entrambi i frammenti sono di Paolo; appartengono entrambi al suo lib. LXV, *ad edictum* e costituiscono un sol passo, di cui il Fr. 8, *de poss.* è evidentemente un brano. Molteplici sono le spiegazioni proposte per conciliare questi due testi colla teorica della perdita del possesso. Il Savigny, § 30 e molti altri autorevoli Commentatori, tra cui il Windscheid, § 156, nota 1, ritengono che l'*utrumque* non significhi già la necessità della cessazione dell'*animus* e del *corpus* congiuntivamente, ma indeterminatamente così dell'uno, come dell'altro. Altri hanno pensato che la cessazione dell'uno degli elementi toglie la sua efficacia anche all'altro, e che questo è il concetto che Paolo ha voluto esprimere. Altri ancora, risuscitando un'antica opinione, che pareva sepolta, hanno riferito i due testi al caso della conservazione *animo tantum* del possesso di un fondo stato clandestinamente occupato. A me non sembra dubbio che Paolo abbia in questo passo effettivamente richiesto la cessazione di entrambi gli elementi; ciò emerge dalla correlazione tra i requisiti per l'acquisto e quelli per la perdita. Altrove la parola *uterque* avrà il significato disgiuntivo od almeno indeterminato sostenuto dal Savigny, qui no. A mio avviso la decisione proposta da Paolo nei due frammenti deve così spiegarsi. Era regola di diritto, ritenuta consona alla ragion naturale la massima che il rapporto giuridico si scioglie in quello stesso

Il possesso si perde *corpore et animo* quando ne facciamo la tradizione ad altri, oppure abbandoniamo il fondo col proposito di non più ritornarvi (1).

Si perde *corpore* soltanto, quando gli animali selvatici che erano in nostro potere riprendono la naturale libertà, o quelli addomesticati dimettono la consuetudine di ritornare presso di noi; quando il mare od il fiume abbia colle sue acque occupato il fondo (2); quando la cosa sia sottratta all'umano commercio, od altrimenti perita. È eziandio perduto *corpore*, quando un terzo ci cacci violentemente dal fondo, o l'occupi a nostra insaputa. Veramente il Diritto Romano non ammetteva in quest'ultimo caso la perdita del possesso, se non quando il possessore fosse venuto a conoscenza della fraudolenta occupazione (3); ma non avendo il Patrio Diritto riprodotto questa disposizione, convien ritenere che lo spoglio clandestino non è meno efficace di quello violento. Lo spoglio ha luogo non solo quando il possessore è violentemente cacciato dal fondo (*dejectus*), ma eziandio allora che gli s'impedisce di entrarvi, o ve lo si ritiene a forza. Allo spoglio non occorre una violenza fisica direttamente esercitata sulla persona del possessore; basta invece quella semplicemente morale consistente in una ragionevole paura di gravi mali, od in minaccie, per virtù delle quali il possessore non osi di entrare nel fondo ad esercitarvi il possesso. Infine è ancora perduto *corpore* il possesso, quando il possessore, benchè non deliberi di abbandonare il possesso, trascuri di continuo l'esercizio del diritto che ne forma l'oggetto (4).

---

modo con cui era stato posto in essere. Fr. 35, D. *de R. J.*, 50, 17, Ulpianus: " Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est ". Un'applicazione di questa regola con espresso riferimento alla creazione e alla dissoluzione di un vincolo obbligatorio è fatta proprio in materia di possesso da Papiniano nel Fr. 46, D. *de poss.*: " ... ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet, ita non debet ignorantis tolli possessio, quae solo animo tenetur ". Nel principio del Fr. 153, *de R. J.* Paolo invoca la regola, e la pone a base della conseguenza poi dedottane nel fine. Per questa analogia tra i frammenti di Paolo e quello di Papiniano ben puossi ritenere che la materia trattata dai due Giureconsulti sia identica, e che la decisione contenuta nei citati Fr. 8 *de poss.* e 153 *de R. J.*, non ostante la sua apparente generalità debba limitarsi alla *possessio* dei *saltus hiberni et aestivi* ed in genere alla *possessio quae solo animo retinetur*. Quando poi questa spiegazione non apparisse abbastanza giustificata, si dovrebbe dire che i FF. 153, *de R. J.* e 8 *de poss.* presentano un'applicazione eccessiva della regola sancita dal Fr. 35, *de R. J.*

(1) Fr. 44, § 2, D. *de poss.*, 41, 2.
(2) Fr. 30, § 3, D. *eod.*
(3) Fr. 6, § 1; 25. § 2; 46, D. *eod.*
(4) Vedi sopra n[i] 118-120.

Pel cessare dell'elemento volitivo perdesi il possesso, quando il possessore vi rinunzia, deliberando di non voler più oltre possedere (1). A questo proposito le leggi Romane avevano stabilito che gl'incapaci, come gli impuberi e i dementi, non potessero perdere *solo animo* il possesso. Un disposto siffatto, benchè non espressamente sancito, deve sottintendersi nel Patrio Diritto, secondo il quale le persone incapaci non hanno alcuna potestà, e sono in ogni atto della vita civile sostituite dai loro legali rappresentanti.

Il possesso esercitato per mezzo di rappresentanti si perde nei casi e nei modi sopra discorsi, e di conseguenza ogni qual volta il rappresentante sia contro sua volontà spogliato della detenzione della cosa, o venga privato della fisica disponibilità da un evento naturale o di forza maggiore. Al contrario nè la morte, nè la sopravvenuta incapacità del nostro rappresentante, e neppure il volontario abbandono della cosa per sua parte valgono a privarci del nostro possesso (2). Ce ne priva invece la tradizione del possesso che egli faccia ad altri, o l'alienazione della cosa da lui eseguita violando la fede, che in lui riponemmo. E qui giova notare che il solo cangiamento della sua volontà non ci toglie il possesso, se non sia accompagnato da un'interversione del titolo in uno dei modi stabiliti dalla legge; e che è del pari inefficace la sua intenzione di possedere per un terzo se non viene attuata con fatti esteriori e riconoscibili (3).

---

(1) Fr. 3, § 6; 17, § 1, D. *eod.*

(2) Windscheid, § 157, limita giustamente questa regola al caso che il rappresentato non lasci consolidare lo stato di cose sopravvenuto, ed invoca il Fr. 40, § 1, D. *de poss.*: " quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus eam neglexerit ". La limitazione sorregge la teorica della conservazione del possesso professata sopra n. 117 e segg.

(3) Vedi Fr. 32, § 1, D. *de poss.*, 41, 2; sopra n. 118[ter] e C. C. Firenze, 27 novembre 1884, *Legge*, 1885, 1, 155.

CAPITOLO VIII.

SEZIONE I.

Il possesso legittimo.

Sommario: 122. *I requisiti del possesso legittimo:* 1° Possesso continuo. - *Concetto della continuità del possesso. - Criterii per determinarla.* — 122^bis^. *Il possesso continuo dev'essere uniforme ed in qual senso.* — 123. 2° Possesso non interrotto. - *Differenze caratteristiche fra interruzione e discontinuità.* — 123^bis^. *La interruzione del possesso deriva dalla sentenza, e non dalla citazione.* — 124. 3° Possesso pacifico. - *Un'esatta determinazione di questo requisito non è possibile.* — 124^bis^. *Critica delle teorie proposte dai Commentatori.* — 124^ter^. *Giurisprudenza.* — 125. 4° Possesso pubblico - *che è la pubblicità del possesso.* — 126. Quid *delle usurpazioni lente e graduali di un proprietario a danno del fondo contiguo.* — 127. *Il possesso cominciato pubblico può diventare clandestino. - Perchè il Diritto Romano disponesse diversamente.* — 128. *La pubblicità derivante dalla trascrizione del titolo non influisce sulla pubblicità del possesso.* — 129. 5° Possesso non equivoco. — 129^bis^. *Esame della specie proposta dal Fr.* 32, § 1, D. *de poss. Disparere col Tartufari.* — 130. 6° Animus-domini. - *Anche il compossesso pro indiviso ha per suo elemento costitutivo l'*animus-domini. — 131. *Critica dell'art.* 686 *Cod. civ.*

122. — L'art. 686 del Cod. civ. detta che " il possesso è legittimo, quando sia continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco, e con animo di tener la cosa come propria ".

Prima fra le qualità, che rendono legittimo il possesso (1), ci si presenta la continuità. Di questo requisito mi sono già occupato, quando ho trattato della conservazione del possesso, perchè,

(1) È opportuno rilevare che il possesso contemplato nell'art. 686 è quello formale, cioè il possesso necessario ad acquistare un diritto, e che è elemento dell'azione possessoria e dell'usucapione. È una confusione di concetti giuridici del tutto diversi quella in cui sono incorsi alcuni autori, ad es., Troplong, *Prescr.*, n. 337, i quali vogliono si distingua il possesso necessario a conservare un diritto già costituito da quello occorrente ad acquistare un diritto *ex novo*. Solo a questo secondo si riferisce l'art. 686 Cod. civ., ed a ragione, perchè il diritto già legittimamente acquisito ha per suo contenuto organico il *jus possidendi* e si estingue pel non uso, cosa assolutamente difforme dalla continuità del possesso.

secondo le idee da me professate, il possesso, per essere conservato, deve essere continuo; od in altre parole il possesso è continuo, quando il possessore ha fatto tutto ciò che era necessario per conservarlo. Il criterio per giudicare il comportamento del possessore, sia che si debba ricercare se il possesso è continuo, sia che occorra di vedere se è stato conservato, è sempre il medesimo. Per ciò, applicando la regola che è stata poco addietro stabilita, si dirà che il possesso è continuo, quando il possessore ha fatto della cosa quell'uso e del diritto quell'esercizio che avrebbe fatto un diligente proprietario, quando, cioè, si è comportato rispetto alla cosa come un buon padre di famiglia.

Senza qui ripetere le cose già dette, gioverà rammentare che la continuità è un qualche cosa di relativo e di variabile a seconda dell'indole del possesso e della qualità della cosa posseduta; e che in tesi generale è continuo quel possesso, il cui esercizio è adeguato alle esigenze della natura della cosa o del diritto che ne forma l'oggetto. L'esempio dei pascoli invernali od estivi, opportunamente proposto dalla Sapienza Romana ed a torto sfruttato da un'erronea dottrina a sostegno di una perpetuità intenzionale del possesso, rende chiaro ed avvalora il nostro pensiero (1).

Questo modo di valutare la continuità del possesso dimostra essere impossibile di dettare regole per stabilire *a priori* quale debba essere in ogni caso l'esercizio del diritto e quale l'intervallo tollerabile tra i successivi atti di possesso. Fuvvi un'epoca, in cui la scienza giuridica allo scopo di coartare l'arbitrio del giudice si studiò d'imporre norme precise e rigorose per ogni possibile controversia e di sostituire il sistema della prova legale al libero apprezzamento del giudice. Allora sorse un'opinione approvata dal Presidente Fabro, la quale poneva come limite massimo il decorso di 10 anni, perchè " ex decursu ejus temporis praesumitur oblivio, et per oblivionem amittitur possessio quae solo animo retinebatur " (2). La Pratica, invece di applicare la nozione della continuità, faceva ricorso ad una presunzione di rinunzia, ed invertiva di tal guisa i termini del problema. È appena necessario di avvertire che simili criterii, avanzi di un'antiquata giurisprudenza, non sono più ricevuti e non hanno neppur valore come argomento dottrinale, perchè fallaci nella loro base.

122bis. — Il concetto della continuità include in sè anche quello della uniformità. Continuo non può dirsi quel possesso, che non

(1) Vedi sopra n. 119.
(2) Fab., Cod., lib. 7, t. 7, def. 22, nota 3.

sia stato in tutto il suo decorso uguale a sè stesso, sicchè paresse ora avere per oggetto un diritto ed ora un altro. È intuitivo, che mentre si esercitava un diritto, restava sospeso e quindi discontinuo l'esercizio dell'altro. La qualità di uniforme è in ispecial modo desiderata dal possesso della servitù di passaggio sull'altrui fondo, la quale più di ogni altro diritto presenta varietà nel modo di esercizio.

L'uniformità degli atti non deve essere richiesta in un modo così rigido ed alieno da ogni temperamento, da divenire un freno intollerabile pel possessore, e la negazione di quella attività e di quella solerzia, che sono la caratteristica del possesso. Ciò che è attivo, è mutabile; e la uniformità è concetto, che non impedisce le mutazioni, ma solo vuol sempre salva, e sempre una ed uguale a sè stessa la sostanza di quel dato possesso. Un esempio chiarirà il concetto. L'anno scorso il possessore coltivò a granturco il suo fondo; in quest'anno invece vi seminò il frumento; probabilmente l'anno venturo vi cambierà per la terza volta il sistema di coltura. Queste variazioni, che sono consigliate da una buona pratica agricola, non toccano il midollo del possesso. Sono modi variati di esercizio del diritto; ma diritto ed esercizio sono sempre i medesimi. Cotali variazioni non hanno quindi soppresso, anzi neppur menomato l'uniformità dell'esercizio.

Norme fisse, precise, impreteribili per istabilire quando il possesso è uniforme non possonsi dettare. Il decidere, se un possesso sia stato uniforme, è una questione di fatto rimessa al prudente arbitrio del Giudice.

Si è disputato se possa dirsi uniforme il possesso dell'albero piantato a distanza minore della legale. La questione per me e per tutti quelli, che stimano che nella specie opera la prescrizione estintiva, e non quella acquisitiva, non esiste (1). Il proprietario del fondo, su cui l'albero è cresciuto, non acquista un diritto, ma si libera da una servitù; quindi segue che non ha bisogno di giustificare un possesso qualsiasi e tanto meno un possesso uniforme. Ad ogni modo poichè molti insigni scrittori tengono per la opinione contraria e la disamina della questione spargerà molta luce sulla materia, conviene farne cenno.

Coloro, che pensano non essere uniforme il possesso dell'albero, dicono che questo va continuamente variando, poichè nella sua giovinezza è piccolo e non reca alcun danno, cresce poi a poco a poco, senza che l'opera del proprietario più vi concorra, e

---

(1) Vedi sopra n. 34.

solo dopo il pieno suo sviluppo, che appena appena raggiunge a trent'anni di vita, protende lungi i suoi rami e danneggia il fondo vicino. Ogni successivo incremento costituirà per avventura un possesso distinto, da cui abbia inizio una speciale usucapione?

Questo ragionamento non è persuasivo. Non è certo da dubitare che l'albero va insensibilmente, ma incessantemente crescendo; che i suoi rami vanno lentamente, ma senza tregua allungandosi, laonde ben si può dire che l'albero in ciascun momento è diverso da quel che era prima. Ma queste variazioni dipendenti dalla conosciuta virtù delle forze naturali potevansi e dovevansi prevedere fin dal primo momento in cui l'arboscello spuntava dalla terra; potevansi e dovevansi fin dal primo inizio valutare e tenere in calcolo dal proprietario del fondo vicino, al quale era facile di prevedere che l'albero sarebbe cresciuto ed avrebbe proteso i suoi rami, gettando un'ombra nociva sul suo terreno. Havvi un'altra ragione perentoria. Uniformità non è sinonimo d'identità. L'albero cresce, muta dimensioni, si diffonde in numerosi rami e si eleva nello spazio, ma è sempre la medesima pianta. Il tenero arboscello, che appena si vedeva sorgere dal suolo, e la quercia superba od il noce rigoglioso sono un organismo solo; le variazioni continue ed insensibili, ben lungi dal mutarlo, gli hanno dato il suo pieno sviluppo (1).

123. — In secondo luogo il possesso legittimo dev'essere non interrotto.

L'interruzione può provenire dal fatto volontario del possessore, il quale abbia deliberato di non più possedere (2). Ma il più delle volte essa dipenderà da una causa estranea, sia essa il fatto di un terzo, oppure un evento naturale o di forza maggiore.

La interruzione distinguesi nettamente dalla discontinuità. Questa consiste sempre nel fatto del possessore che omette la diligenza di un accurato proprietario; quella al contrario può dipendere tanto dal fatto del possessore, quanto da una causa a lui estranea. Questa suppone necessariamente che la cosa sia sempre rimasta sotto l'esclusivo potere del possessore, e che egli non se ne sia, o solo troppo raramente servito; quella invece, benchè non sempre importi la completa privazione del possesso (ad esempio, taluno conserva la cosa, ma delibera di non più volerla possedere),

---

(1) Conformi Troplong, n. 346, e Tartufari, Op. cit., n. 762.

(2) Fr. 17, § 1, D. *de poss.*, 41, 2. Conforme Laurent, XXXII, n. 279. Duranton, Tomo XI, n. 207, chiama discontinuo il possesso a cui siasi rinunciato. Ma a torto. Il possessore, che delibera di non più possedere, depone l'*animus possidendi*, e perde il possesso.

pure nella maggior parte dei casi consiste nella perdita della fisica disponibilità della cosa.

Il concetto della interruzione è questo: che il possesso siasi perduto e che solo dopo qualche tempo, e prima che altri lo acquistasse, sia stato ripreso. In realtà adunque il possesso interrotto è possesso perduto; e quello di poi riacquistato è un nuovo possesso, che non ha col precedente alcun rapporto di connessione o di dipendenza. Al rigore logico dei corollarii giuridici la legge civile ha posto un temperamento pel caso in cui l'intervallo tra la perdita e la riacquisizione del possesso non superi un certo termine; fingendo che il possesso riacquistato si connetta così completamente con quello perduto da formare con esso un sol tutto. In altre parole, la legge civile considera come non avvenuta, od almeno come di nessun effetto la soluzione di continuità che ebbe ad avverarsi. Per virtù di questa finzione l'interruzione assume un'importanza propria e differente da quella della perdita del possesso. L'idea primigenia della finzione fu, a parer mio, avvertita da Ulpiano quando ebbe a scrivere: " Si quis vi de possessione dejectus est, perinde haberi debet, ac si possideret; *cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat* " (1). Senza questa finzione il concetto avrebbe un'efficacia puramente negativa; poichè è naturale che qualsiasi possesso, e non il solo legittimo, per produrre un qualche effetto dev'essere vivo ed operante.

Poichè la interruzione non è altro che perdita del possesso, questo è interrotto per tutte quelle cause che ne producono la perdita (2). Ad interrompere il possesso occorre un vero e completo spoglio; semplici molestie possono renderlo inquieto, non interromperlo, ben inteso che non siano tanto gravi da includere uno spoglio parziale, nel qual caso il possesso si considera interrotto almeno per quella parte, su cui esse ebbero a cadere.

123*bis*. — A ristabilire la continuità la legge in virtù della finzione su accennata concede al possessore un anno di tempo dal giorno, in cui la perdita si è compiuta. Se il possessore agisce entro l'anno e ricupera il godimento della sua cosa o del suo diritto, il possesso si reputa non aver cessato, e la interruzione come non avvenuta. Ritorneremo su questo tema con maggiori particolari, quando tratteremo della interruzione della prescrizione acquisitiva.

Suolsi comunemente insegnare che i modi d'interruzione civile

(1) Fr. 17, pr. D. *de poss.*, 41, 2.
(2) Vedi sopra n. 121.

che valgono per la prescrizione, convengono perfettamente anche al possesso, e che di conseguenza un semplice atto di citazione è sufficiente ad interrompere il possesso.

Una proposizione siffatta non mi pare consona al vero. Si noti che l'art. 2124 del Cod. civ. riguarda tanto la prescrizione acquisitiva quanto la estintiva. Ora è certo che in Diritto Romano restava bensì interrotta la *praescriptio temporalis* mediante la contestazione della lite durante la procedura formulare, e la chiamata in causa nell'epoca susseguente, ma non l'usucapione. Giustiniano, fondendo i due istituti nella *longi temporis praescriptio*, applicò a questa il principio che reggeva la usucapione (1). Il nostro Codice, seguendo un diverso sistema, ha invece stabilito che la domanda giudiziale interrompe tanto la prescrizione estintiva quanto l'acquisitiva.

La teorica dell'attitudine della domanda giudiziale ad interrompere anche il possesso si appoggia sull'argomento, che l'usucapione ha per suo elemento sostanziale il possesso, e che non potrebbe essere interrotta quella se non fosse contemporaneamente arrestato anche questo, essendo assurdo che l'usucapione rimanga ferma, mentre il possesso corre. Facile è rispondere che la domanda non interrompe il possesso perchè non priva il possessore della fisica disponibilità e non produce alcun cambiamento nello stato delle cose. La qualità di possessore non è tolta di mezzo dalla citazione; è semplicemente contestata, e non si sa ancora se a ragione od a torto. La sentenza pronunziata in possessorio od in petitorio, che ordini la restituzione della cosa al proprietario, arresta il possesso. E perchè essa retroagisce al momento, in cui venne proposta la domanda, la restituzione della cosa con tutti i frutti supplirà al possesso; ed il vinto, che compie tale restituzione, si reputerà non aver posseduto nel tempo posteriore alla citazione, ma avere prestato *ministerium alienae possessioni*. In questo senso si può dire che la domanda interrompe il possesso, perchè determina il momento in cui la interruzione fingesi avvenuta; ma in realtà l'interruzione è conseguenza del giudicato, che pon fine alla lite e ristabilisce l'ordine giuridico. Ciò è tanto vero, che se l'istanza cade in perenzione od è respinta, l'usucapione si reputa non essere stata interrotta; il che sarebbe impossibile, se la citazione avesse immediatamente arrestato il possesso.

124. — Il possesso deve in terzo luogo essere pacifico. La sostanza di questo requisito non istà nel fatto che il possesso siasi acqui-

---

(1) MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, 1, § 113.

stato senza atti violenti, perchè la violenza iniziale, finchè non sia cessata, impedisce al possesso di diventar legittimo (art. 688 Cod. civ.). La qualità di *pacifico* voluta dall'art. 686 Cod. civ. ha quindi un altro significato e un diverso valore. La violenza iniziale si consuma tutta in un atto e in un momento, la qualità di pacifico invece suppone un possesso legittimo già esistente, e ne costituisce un carattere duraturo che deve accompagnarlo in ogni momento della sua vita (1).

Gli scrittori francesi hanno fatto questa ipotesi: il possessore, il quale ha esercitato un possesso pubblico ed *animo domini*, viene continuamente inquietato da taluno, che pretende avere maggiori diritti sulla cosa posseduta. Le molestie non giungono sino allo spoglio completo, perchè in tal caso si effettuerebbe la interruzione del possesso; ma il perturbatore rinnovella incessantemente i suoi attentati; non espelle il possessore, ma gl'impedisce di godere tranquillamente della cosa, e gliene rapisce i frutti. Queste aggressioni frequentemente ripetute rendono il possesso inquieto, conturbano il possessore e lo costringono ad una continua ed ansiosa difesa (2). Ed un illustre scrittore francese si è spinto anche più in là coll'immaginazione. Ascoltiamolo: Il possessore è tutti gli anni molestato da un emulo, che, proclamandosi proprietario, scende in armi sul luogo e s'impadronisce dei ricolti e che solo colle armi viene respinto. Traviserebbe certamente il senso naturale delle parole chi sostenesse, che quel possessore, benchè non siasi lasciato spogliare, e non sia neppure un possessore violento, è tuttavia un possessore pacifico. Le contraddizioni troppo reiterate e troppo patenti, il bisogno delle armi per difendere il possesso, lo rendono inquieto „ (3).

Un egregio scrittore italiano, scostandosi dalla scuola francese, ha insegnato che il carattere di pacifico si può determinare per mezzo del suo rovescio, che sta nella frequenza degli impedimenti, delle opposizioni, dei contrasti, dei litigi, sì che il possessore da un lato debba continuamente stare in sull'avviso ed avere le armi cariche, e che dall'altro non appena frenato un tentativo, un secondo ed un terzo più vigorosi si rinnovino. Si suscita così un

---

(1) Conforme Tartufari, *Eff. Possesso*, n. 727.

(2) Laurent, n. 281. Un concetto poco dissimile nel Mirabelli, n. 214, ove si insegna doversi dire " pacifico quel possesso, che si gode senza quelle molestie che dànno luogo all'azione di manutenzione, della quale non si fa uso. Molestie continue, che turbino il possesso, che non lascino in pace il possessore senza che egli agisca per farle cessare, fan presumere che temendo della giustizia, invece d'invocarla si contenti di patire piuttosto le vie di fatto „.

(3) Troplong, *Prescr.*, n. 350.

conflitto possessorio: il possessore, invece di ricorrere ai Tribunali per ottenere giustizia, cerca superare i suoi avversarii coll'astuzia e colla forza. La coscienza stessa del possessore è scossa; ed il pubblico non si assuefarà a considerare la cosa come propria del possessore. È vero, che specialmente per le nuove massime introdotte dalla Legge civile non devesi più prendere alla lettera e in tutta la sua estensione la regola professata dall'Imperatore Costantino: " eam demum esse legitimam possessionem, quae omnium adversariorum silentio ac taciturnitate firmetur " (l. 10, C. *de adq. vel ret. poss.*, 7, 32), ma in generale si deve intendere pacifico un possesso, che non sia nè troppo frequentemente nè troppo aspramente vessato. I litigi spesso rinnovati, se non interrompono il possesso, lo privano del carattere di pacifico. Si potrà ritenere sufficiente allo scopo anche una sola opposizione, ma lunga, pertinace e seria; insufficienti al contrario molte, ma tutte lievi, insignificanti ed insensibili (1).

124[bis]. — Ho esposto le dottrine professate dai più autorevoli Scrittori. Ed ora due parole di critica. Comincio dalla prima che mette tutta l'essenza della tranquillità nella mancanza di contrasti e di opposizioni: il contrario nel bisogno di tutelare il possesso colla forza. Si dice che il possessore, se fosse il vero proprietario, non si limiterebbe a respingere la forza colla forza, ma invocherebbe la Giustizia. La sua inazione protesta contro di lui, e mostra la poca confidenza, che ha nel suo diritto (2). L'errore di questo ragionamento è manifesto. Si chiama inattivo quel possessore, che respinge colla forza i violenti attentati! Ma la facoltà della privata difesa fu sempre considerata come un legittimo attributo del possesso. L'avevano solennemente affermata Diocleziano e Massimiano: " Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderamine illatam vim propulsare licet " (3). E già prima Cassio ed Ulpiano (4): " Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur ". Dalla quale premessa i Romani giureconsulti logicamente deducevano, non essere violento il possesso che si era ritenuto colla forza contro violente aggressioni; poter anzi un possesso così difeso e conservato valere per l'usucapione (5). I moderni Giureconsulti, correndo per un

(1) TARTUFARI, Op. cit., vol. II, n. 727 e segg.
(2) LAURENT, XXXII, 281.
(3) L. 1, C. *unde vi*, 8, 4.
(4) Fr. 1, § 27, D. *de vi et vi*, 43, 16. *Idem*, Fr. 1, § 28, D. *eod.*
(5) Fr. 4, § 28, D. *de usurp.*, 41, 3, Fr. 1, § 28, D. *de vi et vi.*

ordine opposto di idee, disconoscendo il diritto alla privata difesa, reputano inazione l'atto più energico, con cui il possessore tutela il suo diritto, gli imputano a vizio tale vigorosa difesa e lo privano dei benofici effetti del suo possesso. sia pur durato molti e molti anni. Si soggiunge che il possessore, ove avesse ferma fiducia nel suo diritto, ricorrerebbe ai Tribunali, nella stessa guisa che il proprietario. L'argomento viola i termini della questione, e contiene un evidente equivoco. Il supposto è questo: che il possessore respinga l'aggressione e faccia colla forza cessare gl'impedimenti, che altri tentava di opporre al suo godimento. Ora quando egli ha propulsato l'ingiuria, e ne ha fatto cessare gli effetti, non ha più alcun bisogno di ricorrere alla Giustizia. Si aumentino pure gli avversarii, rinnovino quante volte vogliono i contrasti e le opposizioni, finchè egli si mantiene entro la rocca del possesso, è tranquillo e sicuro, senza obbligo alcuno di promuovere azioni giudiziarie.

L'errore, ond'è infetta questa dottrina, si fa anche più palese in quell'altra, la quale considera la perturbazione del possesso come conseguenza dei litigi che il possessore ha dovuto sostenere per difenderlo. È mestieri supporre che tali litigi siano finiti colla vittoria del possessore, perchè, se egli fosse stato vinto e condannato a restituire la cosa da lui detenuta, il possesso legittimo, e non il solo carattere di pacifico, sarebbe perduto. Ebbene queste continue vittorie, queste solenni affermazioni del suo buon diritto, invece di rafforzarlo nel suo possesso e dimostrare a chiunque e contro chiunque che egli ha posseduto ed ha ragione di trarre dal suo possesso tutti i vantaggi, che la legge ne fa derivare, produrrebbero invece l'effetto contrario, di togliere al possesso la qualità di pacifico e di renderlo illegittimo e inabile a servire di fondamento all'azione possessoria ed all'usucapione. Dura condizione in vero che si fa al possessore. Se perde, deve restituire la cosa ed abbandonare il possesso; se vince, il suo possesso non è pacifico, non legittimo, e gli riesce inefficace ed inutile. Ben a ragione la C. C. Napoli disapprovava questo sistema: " Quando una pretensione lesiva del possesso viene respinta per la via giudiziaria, il possesso non perde il suo carattere di pacifico. Una turbazione repressa dal Giudice non può avere efficacia di sorta alcuna contro il possesso, il quale è stato riconosciuto e protetto dalla Giustizia " (1).

Indarno si obbietta che il pubblico non si assuefarà mai a considerare la cosa come propria di colui, il quale è continuamente

(1) 24 febb. 1884, *Legge*, 1884, II, 263. Conf. C. C. Tor., 10 dic. 1900, *G. T.*, 1901, 1.

turbato nel suo possesso. Ma la legge nè dice nè vuole che tutti i cittadini prestino, almeno tacitamente, il loro assenso al fatto dell'altrui possesso. Ciò, che dice e vuole la legge, è che il possesso sia esercitato senza sotterfugi, alla vista di tutti ed in ispecie degli interessati. Ciò che il pubblico potrà pensare o congetturare è del tutto indifferente. Ora il supposto necessario è che il possesso venga esercitato in tal guisa, altrimenti sarebbe illegittimo non già perchè inquieto, ma perchè clandestino. Ma quando il pubblico vede che il possessore dimostra nel modo più energico di voler tenere la cosa per sè, sia respingendo colla forza i violenti attentati, sia sostenendo e vincendo i litigi che gli sono mossi, non si comprende come dovrà disavvezzarsi dal credere la cosa propria di lui. Il contrario pare molto più probabile e verisimile.

Indarno del pari si oppone, che la coscienza stessa del possessore in ordine al suo godimento dev'essere scossa dalle reiterate molestie e dagli incessanti contrasti (1). Ed ecco far capolino un altro requisito del possesso legittimo, che la legge non esige. Che cosa sia questa coscienza non viene specificato. È dessa l'*animus domini*? No di certo, perchè, se mancasse l'*animus*, cesserebbe il possesso, e non soltanto una qualità del legittimo. È invece la fiducia del proprio diritto, la *opinio dominii*? Ma una fiducia siffatta non è punto necessaria alla nozione del possesso legittimo sancita dal Codice, la quale desidera bensì la volontà di esercitare un diritto, non la persuasione di averlo.

Giunto a questo punto, confesso francamente che la qualità di pacifico, ove la si voglia contenere entro giusti confini sì da non pareggiarsi dall'un lato a quella d'interrotto, e da non urtare dall'altro nei principii fondamentali della materia, non può a meno di restare lettera morta, scritta nel Codice, ma incapace di pratica applicazione. Si potrebbe supporre il caso di opposizioni per mezzo di proteste e di diffidamenti, che non eccedano in vie di fatto, nè rivestano le forme di citazioni. L'efficacia di tali opposizioni è ammessa dal legislatore per trasformare in possesso legittimo quel godimento che era la conseguenza di atti facoltativi, e per invertire la causa del possesso. Ma nel caso in esame l'efficacia non è da ritenersi, perchè le opposizioni sarebbero dirette contro l'attuale legittimo possessore, che, trovandosi nella posizione privilegiata creatagli dal suo possesso, non ha obbligo alcuno di rispondere ad atti stragiudiziali che non glie ne impediscono l'esercizio, ed anzi non curandoli, e persistendo nel possesso, sempre meglio dimostra la volontà di tener la cosa per sè. Tant'è, che persino

(1) Ricci, V, n. 54.

un'istanza giudiziale regolarmente proposta, ove sia perenta, non interrompe il possesso, nè gli toglie il carattere di legittimo.

124[ter]. — Non resta più che di vedere come il concetto del possesso pacifico siasi interpretato dalla patria Giurisprudenza. La C. C. Torino nelle sue decisioni 5 dicembre 1882 e 29 gennaio 1883 (1) affermava che il possesso non cessa dall'essere pacifico, se non vi furono opposizioni giudiziali e quelle stragiudiziali furono meno serie e non impedirono l'esercizio del possesso; e con posteriore sentenza 31 dicembre 1885 (2) stabiliva che la molestia deve provenire da colui che pretende non essere pacifico il possesso, e che quindi non avrebbe valore un giudizio promosso da altri; e che non è molestia, che tolga il carattere di pacifico, un semplice atto di diffidamento. La C. C. Napoli, nella sentenza già citata, 24 febbraio 1884 (3) giudicava che la pretensione lesiva del possesso, ove venga repressa dal Giudice, non toglie al possesso il suo carattere di pacifico. La C. A. Catania, con sentenza 17 maggio 1886 (4) decideva che il giudizio possessorio, rendendo contestato il possesso, gli fa perdere la legittimità. Non conosco il testo di questa sentenza, ma credo che parlando di possesso contestato abbia inteso significare possesso non pacifico. In complesso la Patria Giurisprudenza, accostandosi alla scuola francese, reputa non pacifico il possesso, ogni qualvolta sia seriamente, benchè per avventura ingiustamente, contrastato.

Dalla comune opinione si allontanò la C. C. Roma applicando invece quelli, che a me paiono i veri principii, in questa specie. Il Comune di Tivoli che fin dal 1862 era divenuto proprietario unico di una tenuta detta Pantani posta presso le Acque Albule, l'aveva cinta di macerie o muro secco, lasciandovi tre aperture pel passaggio di coloro, che vi avevano diritto. I lavori di cinta cominciati nel 1877 furono compiuti nel maggio 1880. Raffaele Corini possessore d'una tenuta limitrofa, alla quale da tempo immemorabile si era acceduto per una strada che dalla Tiburtina traversava il fondo del Comune, tutte le volte che gli era occorso di andarvi, ed aveva trovato chiuso il passo per le macerie, se l'era aperto distruggendone quella parte, che lo chiudeva. L'ultima demolizione era avvenuta nel marzo 1881 ed in causa di essa il Corini veniva imputato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Essendo stata rimessa

(1) *G. T.*, 1883, pagg. 9 e 239.
(2) *G. T.*, 1886, 87.
(3) *Legge*, 1884, II, 263.
(4) *Legge*, 1886, II, 604 (in rivista).

al Giudice Civile la cognizione della questione del possesso da lui sollevata, egli aveva istituito regolare giudizio di manutenzione nel possesso della servitù di passaggio in cui era stato turbato dalle pretese del Comune manifestate colla promozione del giudizio penale. La sua domanda veniva accolta dal Tribunale civile di Roma con sentenza 16-27 febbraio 1884. Il Comune ricorse in Cassazione, adducendo tra gli altri anche questo motivo, che il possesso del Corini non era pacifico, perchè egli per aprirsi il passo aveva dovuto demolire il muro, tutte le volte che l'aveva trovato chiuso. Ma la Corte Suprema, con sentenza 17 novembre 1884, *Legge*, 1885, 1, 217, respingeva questa pretensione del Comune, così ragionando: " Attesochè a queste deduzioni si risponde osservando, che ritenuto si esercitasse tranquillamente dal Corini e suoi autori il diritto di passo da tempo immemorabile, il suo quasi-possesso non cessò di essere pacifico per la demolizione parziale del muro di cinta, eseguita ogni volta, che egli incontrava tale impedimento, per accedere al suo fondo; essendo lecito al possessore, per l'effetto di mantenersi in possesso, *vim vi repellere confestim* (ll. 1, § 27, 28; 3, § 9; 17, ff. *de vi et vi armata*), e che fosse repulsione immediata di violenza quella demolizione non è da dubitarsi, perchè violenza *in re* per parte del Comune fu la chiusura del muro fatta ad insaputa e contro la presunta volontà del Corini (l. 13, D. *quod metus causa et Glos. et Bart. ad h. l.*), e l'abbattimento del muro, volta per volta che il Corini lo trovava ricostruito, era difesa spiegata *confestim, non ex intervallo*, perchè diretta a respingere l'impedimento, appena veniva a sua notizia, quando cioè gli occorreva di esercitare il suo possesso. " *Confestim sic accipiendum, ubi primum potuit* " (l. 2, § 43, D. *ad S. C.*, Tertul., 38, 17 e Bart. *ivi*). Che le teorie in contrario addotte dal Comune procedono in tema di possesso originariamente vizioso, non già di possesso che cominciato legittimamente si deve difendere e continuare mediante repulsione della violenza colla violenza, l. 1, C. *unde vi etc....* ".

125. — Il possesso per essere legittimo deve in quarto luogo essere pubblico. La ragione è questa: che il possesso legittimo deve nel modo più energico rivelare l'*animus domini*. Il possesso è per così dire il simbolo visibile della proprietà, e poichè il proprietario forte del suo diritto non si nasconde nell'ombra, ma l'esercita alla vista di tutti, alla luce del sole, lo stesso deve fare il possessore, perchè di lui si possa dire, *omnia ut dominum gessisse*. I suoi atti debbono essere palesi, acciocchè gli interessati possano vederli e far valere le loro ragioni. Se il possessore cela le sue operazioni nelle tenebre, dà indizio certo che gli manca l'*animus domini*, od

almeno la fermezza necessaria a sostenere le sue pretensioni. Mancando questo elemento, scompare la sostanza del possesso, poichè questo null'altro è che l'umana attività liberamente e a viso aperto svolgentesi nella cerchia segnata dalla legge.

Il possesso pubblico non è il contrario di quello cominciato clandestino. La clandestinità come la violenza, macchia il possesso nel suo nascere segnandolo di un marchio, che si cancella non appena esso abbia deposto il vizio. La clandestinità originaria vuol essere ricercata in rapporto al precedente possessore, a cui con artifizii e sotterfugi siasi celato l'inizio del possesso. Lo sappiano anche tutti gli altri, fino a che egli non ne sia edotto, il possesso è, e rimane *clandestino* (1). La Romana Giurisprudenza aveva considerato la clandestinità da questo solo lato, in coerenza al sistema che soltanto " origo nanciscendae possessionis exquirenda est ". Per essa possedeva clandestinamente colui " qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturus suspicabatur, et, ne faceret, timebat " (2).

La pubblicità al contrario secondo il disposto dell'art. 686 Cod. civ., è una qualità permanente, che deve accompagnare il possesso in tutto il suo corso. In tutti i momenti della sua vita, questo deve essere una franca manifestazione, alla vista di chi lo vuol sapere, di una volontà indirizzata all'acquisto dei beni.

La pubblicità non riguarda il solo avversario sibbene tutta l'universalità dei cittadini (3). Quindi chi sperimenta l'azione possessoria deve provare che in tutto l'anno precedente alla molestia il suo possesso fu pubblico; e chi invoca l'usucapione deve dimostrare che pei trenta o pei dieci anni ha pubblicamente posseduto. Non v'ha chi non vegga l'enorme difficoltà di una prova di questo genere; ma per buona ventura di rado o mai è messa in contestazione e deve essere provata la pubblicità, perchè già implicita negli atti di possesso.

Meglio rispondeva al vero la massima sancita dal Diritto Romano, che il vizio della clandestinità non dovesse indagarsi che all'origine del possesso. Di fatto quanto facilmente possiamo immaginare, e quanto frequentemente accadrà, che taluno entri a mo' di volpe nel fondo altrui, nel tempo in cui sapeva assente il legittimo possessore, come ce lo rappresentano i Romani Giureconsulti, altrettanto male si può concepire un possesso, che in tutta la sua vita s'avviluppi nelle tenebre e nei sotterfugi in modo

(1) Vedi C. C. Napoli, 24 febbraio 1887, *Legge*, 1888, II, 195.
(2) Fr. 6, D. *de poss.*, 41, 2.
(3) Tartufari, Op. cit., vol. II, n. 709; Laurent, XXXII, n. 287.

da sfuggire allo sguardo degli interessati. Un'ipotesi siffatta è inconciliabile col contenuto del possesso, che è moto e lavoro, ed è quindi necessariamente visibile ad ognuno. Nessuno lavorerà nella fitta oscurità della notte il campo da lui detenuto, nessuno starà molti anni rinchiuso nell'altrui casa, a tutti celato come un lebbroso, per impedire ai suoi concittadini di accorgersi che egli possiede quel campo o quella casa.

La sola possibilità di un possesso *materialmente* occulto, sebbene nessun sotterfugio sia stato usato dal possessore, ci è offerta da quei diritti, il cui uso è nascosto per propria loro natura. Una opinione, che conta autorevoli seguaci, insegna che in queste ipotesi il possesso è clandestino, quindi non legittimo. Ciò è stato ritenuto pel possesso di una cantina scavata sotto l'altrui fondo (1) e per quello di un acquedotto sotterraneo, la cui esistenza non sia rivelata da qualche opera esterna (2). A questa opinione non posso aderire. La pubblicità deve essere valutata a seconda della natura particolare della cosa posseduta. Un campo è arato, seminato, mietuto alla luce del sole, e non può essere diversamente; il possesso del campo è eminentemente palese per la sua indole stessa. Invece una cantina, un acquedotto non ammettono un esercizio del possesso alla vista di tutti; la loro indole impedisce una pubblicità di tal fatta. Ben può accadere che essi siano stati fraudolentemente aperti sotto l'altrui suolo, sì che il proprietario non se ne accorgesse; ma ove ciò sia, manca del tutto il possesso legittimo. Per converso, se nessuna frode macchiò l'acquisto del possesso, tutta l'indagine si concentra nel vedere se il possessore abbia esercitato il possesso della cantina o dell'acquedotto nel modo medesimo, che avrebbe fatto il legittimo proprietario, senza ricorrere ad artifizii e raggiri per nascondere agli altri ed in ispecie agli interessati la loro esistenza. Dirò di più; il possessore, non che astenersi dagli *accorgimenti* e dalle *coperte vie*, deve anzi supplire colla massima pubblicità dei suoi atti alla deficienza di pubblicità, che proviene dalla qualità stessa delle cose da lui possedute. Ma in tutto ciò havvi una questione di puro fatto. Il giudice la risolverà come gli detteranno le circostanze, ma sarebbe più esigente della legge, se pretendesse che la esistenza della cantina o dell'acquedotto sia rivelata da segni esterni. In somma il criterio della pubblicità è sempre il medesimo, nè varia per mutare di cose o di diritti a cui venga applicandosi; solamente diventa più o meno rigoroso secondo la varietà dei casi. Occupo

(1) TROPLONG, *Prescr.*, n. 352.
(2) C. C. Torino, 6 maggio 1887, *G. T.*, 1887, 415. Confor. GIANZANA, *Acque*, vol. II, Parte I, pag. 144.

l'altrui fondo, od apro nella mia casa finestre a prospetto a distanza illegale. Il fatto è per sè stesso pubblico, e *risu solvuntur tabulae* se il mio avversario venisse in Tribunale allegandone l'ignoranza. Al contrario faccio uno scavo sotto l'altrui suolo. Essendo il fatto per sè stesso occulto, toccherà a me di provare, che operai in modo che gli interessati potessero acquistarne cognizione (1).

126. — Fu pure agitata la questione se siano clandestine le usurpazioni graduali, impercettibili di terreno a danno dei fondi contigui. La questione si presentò dinanzi alla Corte di Parigi: un Tizio asseriva che il suo vicino si era impossessato con lente usurpazioni di una parte del suo fondo, e la rivendicava. Il convenuto chiese di essere ammesso alla prova di un possesso trentennario pubblicamente esercitato. Ma la prova fu respinta perchè si ritenne che l'intrinseca natura di un possesso, che prende origine dalle lente usurpazioni dell'altrui terreno, ed è avvolto nel mistero ed irriconoscibile nel suo progredire, escluda il requisito della pubblicità (2).

Il Troplong critica vivamente tale decisione. Poichè gli usurpatori volevano provare che essi possedevano pubblicamente da oltre trent'anni, implicitamente intendevano di dimostrare che il punto di partenza della prescrizione acquisitiva era posteriore al compimento delle usurpazioni. La prova doveva quindi ammettersi.

La censura è giusta. Il giudicato, pronunciando all'infuori dei termini nei quali era stata contestata la lite, non teneva calcolo di un'eccezione formalmente opposta, e rigettava la prova di un'usucapione alla cui efficacia non ostava alcun divieto di legge. Poteva dirsi che la prova instata dal convenuto era oltremodo difficile e di esito incerto. Di vero, perchè una prova di tal genere possa dare risultati attendibili, occorrono termini fissi od almeno qualche segno certo (un filare di piante, un cespuglio, un muro, un fosso), che designi in modo preciso la estensione del possesso. Le sole testimonianze, non appoggiate alla esistenza di cotali segni, assai di rado serviranno di base ad un sicuro convincimento. La difficoltà in questi casi cade non sulle qualità del possesso, ma sulla sua materiale estensione. Ma la difficoltà di una prova non è sufficiente motivo per respingerla; ed inoltre nella specie sottoposta alla Corte di Parigi si trattava non di provare l'estensione ma le qualità del possesso.

In vista della grave difficoltà della prova, che il possessore è obbligato a fornire, alcuni Scrittori hanno proposto di distinguere

(1) *Idem*, Tartufari, Op. cit., vol. II, n. 710.
(2) Corte Parigi, 28 aprile 1821, cit. dal Troplong.

tra lievi occupazioni ed occupazioni di ragguardevole entità, che potevano e dovevano essere avvertite (1). Ma il Troplong giustamente respinge ogni distinzione. Qualsiasi occupazione o grande o piccola dover essere giudicata cogli stessi criteri; nè la pochezza della usurpazione essere una ragione sufficiente per ritenerla clandestina: pel piccolo possidente un solo solco avere grandissima importanza, tanto che i Tribunali risuonano continuamente dei piati della classe agricola anche per pochi palmi di terra (2). A questi argomenti aggiungo che se ai grandi proprietari, i quali vivono lungi dai loro fondi, non è dato avvertire le graduali usurpazioni che dagli sleali vicini si vanno perpetrando a loro danno, queste non sfuggono però all'occhio acuto dei piccoli possidenti, che lavorano essi medesimi il loro campicello. A chi non è nota l'affezione dell'agricoltore per il suo pezzo di terra; la cura premurosa e continua con cui egli lo coltiva e custodisce? Egli lo conosce palmo per palmo, zolla per zolla; e si può essere certi che avvertirà la più piccola usurpazione, che il vicino commetta a suo danno.

Ma dopo aver dato fin qui piena ragione al Troplong debbo pur dichiarare che non accetto senza temperamenti o restrizioni la teorica da lui sostenuta. Concordo con lui che il possesso, anche delle minime particelle usurpate, è pubblico, perchè esercitato alla vista di tutti. Ma devesi anche guardare un'altra faccia della questione, su cui il Troplong è sorvolato. L'ipotesi di usurpazioni lente, impercettibili, non riconoscibili conduce naturalmente a ritenere che il possesso sia stato nella sua origine affetto dal vizio della clandestinità. Di vero il possesso delle particelle, che taluno furtivamente prende dai fondi contigui per rotondare il suo, fu acquistato in modo clandestino. Il vizio, che tormenta il possesso, scomparirà allora soltanto che sarà tolta l'impossibilità, in cui versano gli interessati pel modo di agire adottato dal possessore, di conoscere le graduali occupazioni. La determinazione di questo momento costituisce un'indagine di puro fatto da risolversi conformemente alle circostanze. Così l'esistenza di termini fissi, sempre chè non si dimostri siano stati fraudolentemente rimossi, o di altri segni certi, sarà argomento per escludere senz'altro la clandestinità. In mancanza di dati siffatti il vizio si reputerà purgato, quando il proprietario, usando anche una mediocre diligenza, poteva accorgersi dello spoglio sofferto. Quindi il possesso della parte usurpata si considererà pubblico da quel momento in cui essa ha raggiunta

(1) Tartufari, Op. cit., vol. II, 712.
(2) *Prescr.*, n. 354.

tale estensione, che il proprietario danneggiato, per quanto poco vigilante, doveva avvertirne la deficienza.

127. — Si è domandato se il possesso stato fino ad un certo tempo pubblico possa in seguito diventare clandestino. Il dubbio nasce da questo: che il Diritto Romano escludeva recisamente una mutazione siffatta, e voleva che il possesso cominciato pubblico continuasse ad esser tale, sebbene in processo di tempo il possessore si studiasse di tenerlo celato al suo avversario. La massima è sancita nel modo più formale da due testi. Ecco il primo, che è di Ulpiano: " Is autem, qui cum possideret non clam, se celavit. in ea causa est, ut non videatur clam possidere „ (1). Ed ecco il secondo, di Africano: " Servum tuum a Titio bona fide emi et traditum possedi, deinde cum comperissem tuum esse, ne eum peteres, celare coepi; non ideo magis clam possidere videri me ait „ (2). La massima è conseguenza della regola rigorosamente osservata dal Diritto Romano, che le qualità del possesso stabilite dal modo della sua origine non si mutano per virtù di posteriori eventi. Africano applica la regola al caso inverso del possesso cominciato clandestino, desumendone che non cessa dall'esser tale in forza del posteriore avviso dato al proprietario: " Nam retro quoque si sciens tuum servum non a domino emerim et tum clam eum possidere coepissem, postea certiorem te fecerim, non ideo desinere me clam possidere „ (3). A torto il Tartufari accusa Africano di essere incorso nell'errore d'aver supposto il vizio della clandestinità dove il ben diverso impedimento della mala fede si opponeva al decorrere della usucapione (4). La censura è assolutamente infondata. Non v'ha ragione alcuna di riferire il testo di Africano alla usucapione; al contrario tutto induce a credere che esso concerna l'interdetto *uti possidetis*, pel quale non abbisognava la buona fede. In secondo luogo dal suo tenore apparisce evidente, che la questione esaminata e decisa concerneva il vizio della clandestinità, e non la fede del possessore, circa la quale ogni ricerca tornava oziosa, certo essendo che egli era in mala fede.

Le norme stabilite dal Diritto Romano non sono più accettate dalla patria Legge. Il possesso legittimo è una creazione nuova. Deve scrutarsi non solo la sua nascita, ma tutta la sua vita; non solo se sia nato senza macchia di violenza o di frode, ma ancora

(1) Fr. 6, *de poss.*, 41, 2, Verb. *Is autem.*
(2) Fr. 40. § 2, D. *de poss.*
(3) Fr. 40, § 2, D. *de poss.*
(4) Op. cit., n. 717.

se in tutto il suo corso abbia serbato quei requisiti, per cui gode di una particolare efficacia. La diversità dei criteri fondamentali produce e spiega la diversità delle conseguenze. Anche ora, come presso i Romani, il possesso, che non è cominciato *clam*, non può divenire clandestino in progresso di vita. Ma, se *non clandestino*, esso ben può cessare di essere pubblico, perchè, come vedemmo, il carattere di pubblico non è il contrapposto di clandestino. La verità della proposizione si rassoda per quest'altro riflesso, che quando il legislatore volle mantenere le massime sancite dal Diritto Romano, espresse chiaramente il suo intento; come fece, ad esempio, a riguardo della buona fede.

128. — Ad alcuni scrittori è sembrato che la trascrizione degli atti di acquisto, come quella che fornisce a chiunque facile mezzo di conoscere la qualità, il titolo e la estensione del possesso, costituisca un sistema di pubblicità più piena e perfetta di quella somministrata dal fatto materiale del possesso e che appunto per questo motivo sia dalla legge richiesta nella usucapione decennale (1).

A questa dottrina non posso assentire. La trascrizione ha per scopo di fornire la cognizione legale degli atti traslativi e di determinare la poziorità fra i diritti, che si trovino in collisione, come dice in modo chiarissimo l'art. 1932 Cod. civ. Ora dal trasferimento della proprietà e degli altri diritti reali all'acquisto ed all'esercizio del possesso evidentemente non corre l'illazione.

Per quel che concerne l'acquisto del possesso, la patria Legge non ha innovato dall'antico Diritto. Se la proprietà passa per virtù del solo consenso, il possesso deve essere appreso dall'acquirente; e, se non s'intende acquistato per effetto della sola convenzione, tanto meno può supporsi acquistato per virtù della trascrizione, la quale può essere eseguita da persona estranea all'acquirente. Indi segue che la trascrizione del titolo è del tutto inetta a dirci se il possesso fu realmente acquistato. Meno ancora è idonea a fornire una cognizione facile e precisa dell'esercizio e dell'estensione del possesso. Questa è la rappresentanza esteriore e riconoscibile di un diritto, la manifestazione di un potere fisico, un fatto materiale che non muta natura, secondochè si appoggi o non ad un titolo. La pubblicità voluta dal Codice civile conformemente ai principii e alla tradizione è quella naturale che si rivela sulla faccia del luogo, come conseguenza del modo di agire del possessore, non quella fittizia ed artificiale, che risulta dai registri delle trascrizioni. For-

(1) Tartufari, Op. cit., vol. II, n. 719 e 720.

sechè, consultando questi registri, gli interessati potranno sapere se il possessore abbia pubblicamente, tranquillamente e colla diligenza di uno zelante proprietario esercitato il possesso? Eppure sono questi i fatti che gli interessati hanno bisogno di conoscere, e che certo non conosceranno per mezzo dei suddetti registri, perchè non havvi alcuna relazione tra la trascrizione del titolo e l'esistenza delle qualità che rendono legittimo il possesso.

Inoltre non è vero neppure che la trascrizione dia facile e pronta notizia dei trapassi della proprietà ed in conseguenza del possesso a chiunque vi abbia interesse; poichè nel sistema in vigore fra di noi i trapassi sono intestati, non ai fondi, ma agli alienanti. Di guisa che l'interessato può compulsare e consultare colla massima cura i registri senza venire a conoscenza del trasferimento compiutosi a suo pregiudizio.

129. — In quarto luogo il possesso legittimo dev'essere *non equivoco*. Come la pubblicità consiste nella manifestazione del potere fisico sulla cosa, così l'univocità consiste nell'aperta e franca affermazione della volontà di esercitare il possesso per noi ed a nostro esclusivo vantaggio, eliminando qualsiasi incertezza sul diritto che vogliamo esercitare, e qualsiasi sospetto di esercizio a nome e nell'interesse altrui. L'univocità è quindi il suggello dell'elemento intenzionale.

L'equivocità può derivare: o dall'ambiguità degli atti che ingeneri dubbi intorno all'oggetto del possesso; o dall'indecisione dell'*animus*, che non spiegandosi abbastanza apertamente, non dia a divedere se in proprio od altrui nome si possegga, se come unico padrone ovvero come comproprietario. Quindi è equivoco ogni possesso, che non escluda insino l'ombra dei vizii di precarietà, di tolleranza e di famigliarità. E giustamente fu ritenuto tale il possesso di cose appartenenti a persona stretta dai vincoli di prossima parentela e convivente col detentore (1), ed il possesso che il servo abbia delle cose appartenenti al padrone (2).

Segue che ogni possesso clandestino, come quello il cui esercizio non si rivela e non rivela l'animo di acquistare un diritto, è necessariamente equivoco, benchè d'altra parte non ogni possesso equivoco sia clandestino, potendosi benissimo conciliare la equivocità colla pubblicità del possesso.

L'equivocità trova la sua classica configurazione nel compos-

---

(1) C. A. Torino, 21 dicembre 1874. C. C. Torino, 29 marzo 1883, *G. T.*, 1875, 228; 1883, 529.

(2) Ricci, V, n. 57.

sesso pro indiviso. Il compossessore che esercita il possesso presumesi possedere a nome di tutti. Ciò vuole il rispetto agli uguali diritti dei compossessori, che nel dubbio devesi ritenere serbato: " Communis servus etiam si ab uno ex dominis omnium nomine possideatur, ab omnibus possideri intelligitur " (1).

129[bis]. — Un esempio elegante di possesso equivoco è quello proposto dal Fr. 32, § 1, D. *de poss.*, 41, 2 (2). Vi si fa il caso del conduttore che aliena il fondo locatogli, vi rimane per costituto possessorio intervenuto fra lui ed il nuovo acquirente e paga ad entrambi i locatori il cànone di affitto per loro celare la frode, e si stabilisce che il primo locatore ha conservato il possesso. La contraria decisione piacque al Tartufari, il quale esamina la stessa ipotesi senza accennarne la fonte (3). Non vedo ragione di dilungarmi dalla massima insegnata dalla Romana Sapienza. Il possesso di colui, che acquistò il fondo, è equivoco, non essendo stato eseguito alcun atto idoneo a dimostrare, che il conduttore ha cessato di possedere a nome del primo locatore e cominciato a possedere a nome del secondo. L'equivocità è insita *in re ipsa*, nel fatto di un possesso che non si sa e non si può sapere se sia esercitato a nome del primo o del secondo. Per di più la detenzione precaria, qual'è indubbiamente quella dell'affittuario, cessa di esser tale quando è mutata mediante una vera interversione. E nella specie interversione non si verificò, perchè il conduttore continuò a possedere anche a nome del primo locatore. Infine è all'evidenza più equo che il dubbio si risolva in favore del primo, il cui possesso ebbe un principio immune da vizio, e non è reo di colpa alcuna, piuttosto che del secondo, il cui possesso fu vizioso fin dal primo momento, e che è in colpa per non essersi meglio assicurato del diritto del suo autore (4).

---

(1) Fr. 42, D. *de poss.*, 41, 2. Parmi che la menzione dell'esercizio *omnium nomine* sia superflua, perchè non havvi bisogno di presunzioni, quando la cosa comune è tenuta da uno a nome di tutti. L'aggiunta potrebbe avere per iscopo di escludere il caso in cui il *condominus* abbia compiuto una *contrectatio* del servo, e siasi così reso reo di furto, come dice il Fr. 51, D. *pro socio*, 17, 2. Questa congettura è assai probabile, perchè il *condominus*, che possedesse a suo nome il servo, ne compierebbe la *contrectatio*.

(2) V. sopra n. 118[ter].

(3) Op. cit., vol. II, n. 705.

(4) La massima consacrata dal Fr. 32, § 1, *de poss.*, fu seguita dalla C. C. Firenze, in una specie assai affine: la Comunità Cadorina aveva affittato nel 23 giugno 1780 il Bosco Tavanelle alla Ditta Sartori. L'affitto doveva cominciare alli 21 settembre 1791 e finire alli 21 settembre 1849. Il corrispettivo della locazione in venete lire 8000 fu pagato nell'atto del contratto. Con po-

È un fuor d'opera il ricorrere come fa il Tartufari alla buona fede del secondo acquirente perchè fra i requisiti della *possessio*, come era disciplinata dal Diritto Romano, e del possesso legittimo, come è retto dal Codice civile, non ha luogo la buona fede.

Invano ancora si oppongono la potestà di ogni acquirente di apprendere il possesso mediante costituto possessorio e la colpa, in cui versa il primo locatore per aver scelto un conduttore infedele. Non si nega la potestà dell'acquirente di apprendere il possesso per mezzo di un costituto; ma si afferma invece che per le circostanze singolari del caso il mezzo da lui scelto imprime la macchia dell'equivocità sul possesso; il che è ben diverso. Neppure è in colpa il primo locatore per avere scelto un rappresentante cotale, perchè egli non aveva alcun obbligo verso di chicchessia di sceglierne uno migliore, ciascuno essendo delle proprie cose *arbiter et moderator*. D'altronde, pur concessa l'esistenza della colpa, il solo che non potrebbe addebitargliela sarebbe appunto l'acquirente, che identica colpa ha commesso (2).

130. — Ultimo requisito del possesso legittimo è l'*animus do-*

---

steriore convenzione 11 novembre 1806 la Comunità Cadorina vendeva lo stesso bosco a Don Giuseppe De Vido e Fulgenzio Fiori, ma la vendita fu annullata dal Consiglio di Prefettura di Belluno. Malgrado ciò il De Vido vendette il bosco alla conduttrice Ditta Sartori con istrumento 20 gennaio 1813. Dai Sartori il bosco passò a certi Costantini. Quando la Comunità insorse a rivendicare il bosco, sentì opporsi la prescrizione acquisitiva corsa dopo l'interversione operata dalla vendita del 1813. Tale sistema di difesa fu accolto dai Giudici del merito. Ma sul ricorso della Comunità la Cassazione Fiorentina cassava il giudicato, perchè il possesso dei Sartori e dei loro successori Costantini, se non poteva dirsi precario dal 1813 in poi, era però affetto da equivocità. Ecco come ragionò la Suprema Corte: " Ma se tuttociò è vero, e se, in una parola, il fatto estrinseco della trasmissione del dominio fatta dal terzo basta ad imprimere un nuovo carattere al possesso ed a renderlo idoneo per la prescrizione, non è men vero però che il nuovo possesso cominciato all'ombra del titolo emanato dal terzo, e quindi a titolo di proprietà, debba avere tutti gli altri requisiti necessari per potersi dire legittimo, e conseguentemente debba essere continuo, non interrotto, pacifico, pubblico e non equivoco. Ed il possesso non può certamente dirsi pubblico e non equivoco di fronte al vero proprietario, finchè il possessore non abbia con fatti ed atti esteriori manifestato le sue pretensioni alla proprietà in modo aperto, chiaro e tale che il proprietario, usando anche una ordinaria e comune diligenza, possa venire a cognizione della interversione del possesso ed accorgersi che colui, il quale possedeva in nome di lui e teneva precariamente la cosa, intende invece di averla e tenerla come cosa propria ". Sent. 27 novembre 1884, *Legge*, 1885, I, 155. Confor. Napoli, 14 febbraio 1891, *Legge*, 1891, II, 122.

(2) *Idem*, Ricci, V, 52.

mini, il quale per così dire in sè virtualmente ne riassume e consacra tutti gli altri caratteri (1).

La dizione usata dall'art. 686 " *con animo di tener la cosa come propria* „ pecca d'imperfezione, non adeguandosi al concetto che si voleva e doveva manifestare. A prenderla alla lettera, soltanto pel possesso delle cose corporali — la *possessio* dei Romani — sarebbe necessario l'*animus possidendi*. Ciò che non è, ciò che certamente non volle il legislatore, perchè l'*animus possidendi* è requisito indispensabile per qualsiasi possesso, non escluso quello dei diritti reali, pei quali l'*animus possidendi* assume le forme speciali: " jus sibi esse agendi, fruendi, prospectum habendi etc. „. L'animo generico insomma si suddivide in tanti animi specifici diversi, quanti sono i diritti che costituiscono gli oggetti del possesso (2).

Non può quindi dubitarsi che anche il compossesso pro indiviso è un possesso con animo di tener la cosa come propria, e che in concorso delle altre qualità richieste dall'art. 686 deve aversi per legittimo e capace di servir di base all'azione possessoria e all'usucapione (3). Il dubbio che può talvolta sorgere dall'ambiguità degli atti di esercizio, ad es., nel possesso promiscuo dei boschi e dei pascoli fra varii Comuni, attiene esclusivamente al fatto; ma non influisce sulla esistenza e sull'applicabilità della regola giuridica (4).

L'*animus domini* include di propria natura la coscienza precisa della cosa, perchè la volontà di avere per sè una cosa o di esercitare per sè un diritto non può affermarsi che su di un oggetto ben conosciuto. La mancanza di una coscienza siffatta rende impossibile il possesso di una parte incerta di una cosa (5).

L'*animus domini* è escluso dagli atti a titolo di famigliarità e di tolleranza, dal precario, dal godimento e dall'amministrazione in altrui nome. Tutti coloro, che detengono la cosa per alcuna di queste cause non posseggono, ma, come dissero i Romani, *sunt in possessione*, oppure *praestant ministerium alienae possessioni*. E neppur posseggono, coloro che detengono la cosa a cagion di cauzione o di custodia, come erano pel Romano Diritto gli immessi nella detenzione dell'altrui cosa a cagion del danno, che si temeva derivarne, in forza di un primo decreto del Pretore.

---

(1) Riguardo all'*animus domini*, vedi sopra n. 103-103 bis.
(2) C. C. Roma, 7 agosto 1879, *Legge*, 1880, 1, 264.
(3) Vedi sopra n. 26.
(4) Confor. LAURENT, XXXII, 295.
(5) *Idem*, TARTUFARI, Op. cit., n. 695. Vedi sopra n. 108 bis.

131. — Abbiamo così investigato i caratteri del possesso legittimo. Esso è un'innovazione introdotta dal Codice francese ossequente in questa materia alle consuetudini prima osservate in quel paese. Il Diritto Romano (1) stretto alla massima che la sola indagine necessaria è quella concernente l'inizio del possesso, non aveva dettato norma alcuna a disciplinarne l'ulterior corso, ma per necessità di cose aveva provveduto a regolare l'altro estremo, ricercando i casi nei quali il possesso dovesse ritenersi perduto.

E qui si affaccia una domanda, che desidera e merita una ponderata risposta: Quale dei due sistemi è migliore, il vecchio od il nuovo? Io penso non andar lungi dal vero, asserendo che la innovazione è assolutamente antigiuridica. Il possesso formale non può attirare l'attenzione del legislatore che in due soli momenti, quando nasce e quando muore. Il corso del possesso, serie indefinita di momenti, non comporta norme certe e precise, e quand'anche queste siano sancite, è pur sempre l'oggetto di un libero e insindacabile apprezzamento del Giudice. L'opera legislativa deve adunque limitarsi a regolare quei due momenti; volere di più è volere l'impossibile, come insegna un maestro non fallibile: la pratica costante. Qual'è il giudice, che abbia mai richiesto una prova rigorosa di tutti i requisiti del possesso legittimo; quale il giudizio, in cui una simile prova siasi data? Il contrasto cade quasi sempre sulla durata e sull'estensione del possesso; provate le quali, ogni altro requisito si ammette come certo e provato, salvo che l'avversario opponga la mancanza di una delle molteplici qualità, e si accinga a giustificare la sua eccezione, nel qual caso la contesa resta limitata al punto controverso. La quotidiana esperienza conferma adunque la indiscutibile esattezza del sistema adottato dalla Legislazione Romana, e la sua prevalenza logica e giuridica su quello consacrato dai Codici francese ed italiano.

Prescindendo dal vizio sistematico, è pur evidente che la disposizione dell'art. 686 Cod. civ. in sè riguardata è infelice e scorretta. Gravissimo errore è quello di aver fatto dell'*animus domini* un requisito del possesso legittimo, mentre esso è un elemento sostanziale del genere. Come potrebbe esservi possesso legittimo senza questo *animus*, se neppur possesso formale vi sarebbe senza esso? (2).

La definizione tradisce l'ansiosa ed eccessiva cura di seguire il possesso in ogni momento della sua vita. La cura è spinta ed esagerata a tal segno, che è impossibile raggiunga lo scopo. Certe

(1) Vedi sopra n. 125 e 127.
(2) Vedi sopra n. 105.

qualità eccezionali possono essere il presupposto di taluni specialissimi effetti che il possesso sia talvolta destinato a produrre, ma non il suo contenuto organico normale.

Non è quindi meraviglia che la definizione, lungi dall'essere precisa e coartata entro limiti certi, mostri alcunchè di ridondante. Il concetto, invece di esservi scolpito nei suoi elementi caratteristici, è spezzato e diluito in linee secondarie. La sovrabbondanza dei qualificativi getta oscurità e confusione là dove il legislatore aveva il lodevole intento di spargere vivida luce. Vi si scorgono affastellati e tenuti insieme a forza requisiti, che muovono da principii del tutto differenti e che hanno scopi pur differenti. Alcuni, come la continuità intenzionale e materiale e l'*animus domini*, sono le condizioni sostanziali ed indispensabili, perchè il possesso attualmente esista, sicchè la loro mancanza genera la perdita del possesso medesimo. Al contrario gli altri, come la pubblicità, la univocità, la tranquillità hanno per sostrato la esistenza d'un possesso legittimo, di cui essi debbono, per così dire, formare la cornice.

A mio senno fece difetto al Patrio Legislatore la idea nitida e sicura di quanto si proponeva di fare. Dopo d'aver concepito il ragionevole disegno di fare del possesso un istituto organico con una vita propria, indipendente dalla prescrizione acquisitiva a cui lo avevano collegato i Codici precedenti, non seppe recarlo a fine. Ad un certo punto sentì svanire l'ardimento, e provò l'irresistibile bisogno di attaccarsi al maestro. Se scuse possono trovarglisi, sono queste: che *omnis definitio in jure civili periculosa* come scrisse Giavoleno (1) e che le tradizioni secolari s'impongono a tutti, ed anche ai Legislatori, quando stanno per comporre nuovi Codici.

SEZIONE II.

I vizi del possesso.

SOMMARIO: 132. *Transizione.* — 133. *Quali sono i vizi del possesso.* — 134. *Gli atti facoltativi non possono servire di fondamento al possesso legittimo (articolo 688, Cod. civ.). Che s'intenda per atto facoltativo.* — 134[bis]. *Esatta applicazione dei principii in materia di atti facoltativi fatta dalla Giurisprudenza.* — 134[ter]. *Il disposto dell'art. 688 Codice civile si applica agli atti derivanti da una facoltà naturale o legale, e non a quelli derivanti da una facoltà convenzionale.* — 134[quater]. *Gli atti facoltativi si rendono idonei a*

(1) Fr. 202, D. *de R. J.*, 50, 17.

servir di base al possesso legittimo mediante la contradictio. — 135. *Gli atti di tolleranza non valgono a generare il possesso legittimo (artic. 688 Codice civile). Concetto degli atti di tolleranza.* — 136. *Lo stesso degli atti violenti (art. 689 Codice civile). - Concetto della violenza.* — 136^bis^. *Critica dei criterii adottati dalla giurisprudenza prevalente a riguardo degli atti violenti.* — 136^ter^. *Conclusione e riassunto delle regole intorno alla violenza.* — 136^quater^. *Il possesso si reputa violento anche quando la violenza sia soltanto moralmente imputabile o sia usata contro i rappresentanti del precedente possessore. - Non si reputa violento quando l'attuale possessore è del tutto estraneo alla violenza.* — 137. Idem *degli atti clandestini (art. 689 Cod. civ.). - Concetto della clandestinità.* — 138. *Il possesso legittimo comincia quando la violenza e la clandestinità sono cessate.* — 138^bis^. *Determinazione del momento in cui esse si reputano cessate.* — 139. *Le qualità del possesso legittimo debbono esistere in modo assoluto, di fronte all'universale dei cittadini.* — 140. *L'opinione contraria è prevalente in dottrina.* — 141. *Giurisprudenza.*

132. — Nella precedente sezione, vedemmo che la legittimità del possesso esige che esso in tutta la sua vita abbia certi caratteri determinati dalla legge.

Ciò non basta: per essere legittimo il possesso deve ancora avere avuto una nascita immune da vizi. E nello stabilire quali sono i vizi originarii il moderno Diritto ha fatto ritorno agli insegnamenti tramandatici da quello antico.

133. — Come dissi a luogo opportuno, il possesso formale comincia quando trovansi riunite nella stessa persona con vincolo di causalità la fisica disponibilità della cosa o del diritto, e la volontà di disporne a proprio nome e vantaggio. Ma il concorso di questi due elementi non basta sempre all'acquisto del possesso legittimo, perchè certi modi di apprensione sufficienti a dar vita al semplice possesso formale sono invece inetti all'acquisto di quello legittimo.

Per determinare quali fra i modi di apprensione sono quelli capaci di generare il possesso legittimo, il Codice civile adottò un processo di eliminazione che era il solo possibile. Tassativamente indicando gli atti, che non servono all'acquisto del possesso legittimo, ha implicitamente riconosciuto l'idoneità di tutti gli altri.

Puossi quindi porre questa regola generale: Il possesso legittimo può essere generato da qualunque atto di apprensione idoneo a costituire il possesso formale in genere, purchè non sia infetto da un vizio, che renda ingiusto il possesso.

Le leggi Romane avevano espressamente disposto, che i vizi del possesso sono la clandestinità, la violenza, il precario (*vi*, *clam aut precario*). Quindi la formola dell'interdetto così concepita: " Uti

eas aedes, de quibus agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis *et rel.* „.

Il Codice civile si è nella sostanza attenuto alla tradizione classica. Di fatto ecco le sue disposizioni al riguardo:

1° Gli atti meramente facoltativi (art. 688);
2° Quelli di semplice tolleranza (art. 688);
3° Quelli violenti (art. 689);
4° Quelli clandestini (art. 689);

non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo.

134. — Scendo alla particolare disamina di questi atti, cominciando da quelli che il Codice civile chiama *atti facoltativi.*

L'art. 688 Cod. civ. nella parte, che concerne questi atti, è stato ed è ancora oggetto di vive dispute. Intanto, sebbene non senza ragione il disposto sia stato tacciato di oscurità (1) perchè il legislatore non ha nè determinato quali sono gli atti facoltativi, nè fornito alcun criterio per determinarli, questo ad ogni modo è certo, che il disposto ha relazione esclusiva colla prescrizione acquisitiva. Laonde devono essere messe senz'altro fuori di discussione le teoriche, che vogliono trovare un nesso tra l'art. 688 e l'impossibilità della prescrizione estintiva sulle *res facultatis* (2).

Le altre dottrine, che partendo dal giusto concetto dell'art. 688 mirano a stabilire la categoria degli atti facoltativi in relazione al possesso ed all'usucapione, si possono distribuire in due classi: quelle che riportano il contenuto del disposto all'uso delle cose comuni e pubbliche, di cui tutti godono non *uti singuli* ma *uti cives*, e sulle quali taluno non può acquistare un diritto esclusivo sebbene ne abbia usato per tutto il tempo necessario a prescrivere (3); e quelle che lo riferiscono all'esercizio o all'astensione dall'uso delle facoltà comprese nel dominio (4).

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 274.

(2) Confor. Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, 1, pag. 1088; Bolchini, Op. cit., pag. 90; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 274. Il Coviello, Op. cit., pag. 199, n. 102, dopo di aver scritto che l'art. 688 si limita a concepire gli atti facoltativi in rapporto alla prescrizione acquisitiva e contempla il possesso non rispetto a chi lo esercita o se ne astiene, ma in rapporto a coloro che a causa del non uso verrebbero ad acquistare un diritto contrario, così conchiude: “ di qui la conseguenza che non c'è per essi prescrizione estintiva „. È una conseguenza, che urta contro la premessa.

(3) Troplong, *Presc.*, 381; Laurent, XXXII, 296; Ricci, V. n. 58.

(4) Mourlon, *Rép. all'art. 2232*; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, III, n. 199; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 274 (per quanto si può arguire dagli esempi di atti facoltativi da essi addotti). Più lucidamente, che da chicchessia d'altri,

A me sembra che tanto l'una quanto l'altra di queste due classi di teoriche restringa arbitrariamente il concetto e che quindi nè l'una nè l'altra dia il criterio completo per determinare quali sono gli atti facoltativi.

Giova anzitutto ben stabilire quale possa essere stato l'intendimento del legislatore. Nulla egli dice in proposito; è quindi congruo a logica e ai principii elementari d'ermeneutica che per atti facoltativi si debbano intendere gli effetti, le emanazioni, i modi di attuarsi delle facoltà in genere, nessuna esclusa. Vale a dire che nello stesso modo che le *res facultatis* sono una materia su cui non opera l'usucapione, perchè nessun effetto giuridico deriva sia dall'uso, sia dal non uso della facoltà per parte del suo titolare, così secondo il concetto legislativo sanzionato dall'art. 688 Cod. civ. non costituiscono un possesso legittimo nè gli effetti derivanti dall'esercizio che ne abbia fatto il titolare, nè il vantaggio, che in difetto di tale esercizio altri ne abbia per avventura provato. Facoltativo è quell'esercizio; facoltativo è questo vantaggio; tanto l'uno quanto l'altro sono incapaci di alterare lo stato giuridico, di produrre una mutazione nei rispettivi rapporti (1).

L'ampia disamina, che altrove ho fatto delle *res facultatis*, mi dispensa dal qui lungamente diffondermi a determinare quali sono gli atti facoltativi; mi limiterò quindi a ricordare che secondo i risultati di quella disamina le *res facultatis* si raggruppano in due categorie:

1ª Cose (o diritti) che non si perdono, malgrado un lungo disuso;

2ª Cose che non si acquistano da chi ne abbia fatto anche per lunga pezza un uso esclusivo.

---

il concetto, che informa questa seconda classe di teoriche, è stato espresso da Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, 1, pag. 1088: " per noi è evidente che con essa (la disposizione dell'art. 688) si afferma come un dato fatto non possa costituire ad un tempo la esplicazione di una facoltà per parte del titolare di un diritto ed un possesso a favore di un terzo, contrario alla esplicazione della facoltà medesima, in senso opposto: ad esempio il proprietario di un fondo esercita la facoltà inerente al suo diritto tanto fabbricandovi sopra, quanto non fabbricandovi, e la semplice astensione sua dall'edificare non mette il vicino nel possesso di una *servitus non aedificandi* ".

(1) Il Bolchini, Op. cit., pag. 99 e segg., dopo di avere riferita la trattazione degli atti facoltativi da me fatta nella 1ª ed., la quale è nella sua sostanza qui mantenuta, afferma che io non ho spiegato " come tutto ciò rientri nella dizione dell'art. 688 ". Rispondo che la spiegazione consiste nel nesso tra le *res facultatis* e gli atti facoltativi contemplati in questo articolo. Si può revocare in dubbio la esattezza del sistema da me seguito; ma dato il sistema non si può negare che la conseguenza sia perfettamente logica.

La prima categoria comprende la proprietà coi varii suoi attributi, come quella che non si perde col solo disuso. La seconda tutte quelle cose di cui godiamo come uomini e come cittadini, cioè le cose pubbliche nel più lato senso della parola (1).

134[bis]. — Gli atti, che dipendono dall'esercizio di alcuna di queste facoltà, sono quelli che la legge chiama facoltativi. Nell'orbita dei privati dominii ci si presentano come facoltativi il godimento che taluno trae dall'ameno prospetto, che consente il sedime lasciato libero dal suo vicino, e l'uso dell'acqua colatizia che dal fondo superiore naturalmente defluisce su quello inferiore.

Quest'ultima fattispecie era dapprima risolta dai patrii Magistrati coll'applicazione della massima: *in facultativis non datur praescriptio*. In appresso la Giurisprudenza cambiò metodo e ricercò la risoluzione del problema nel concetto vero e fondamentale in materia, che un godimento materiale ed arbitrario, come è quello delle acque naturalmente defluenti dal fondo superiore, non costituisce neanche *quel possesso qualsiasi* che basta all'azione di spoglio. Questo concetto così veniva svolto dalla C. C. Torino: " Se è vero, che a termini dell'art. 695 del Codice civile l'azione di reintegrazione compete a chiunque sia stato violentemente ed occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile od immobile; se è vero, quindi ecc...; che cosa per altro la legge precisamente intenda per possesso, è dalla legge medesima che deve desumersi; e a tale riguardo è precisa e categorica la definizione dell'art. 685, secondo il quale il possesso è *la detenzione di una cosa, od il godimento di un diritto*. Prescindendo quindi dal parlare della detenzione materiale, di cui non è questione nella specie, la lettera stessa della legge addita, come non sia in un *semplice godimento*, in un *semplice vantaggio*, che a taluno possa derivare da una data materiale condizione di cose, ma *nel godimento di un diritto*, che è riposta l'essenza del possesso " (2).

(1) Il Bolchini (Op. cit., pag. 101 e segg.) con un'ampia trattazione si studia di dimostrare che gli atti facoltativi contemplati nell'art. 688 non sono l'esplicazione delle *res facultatis*; ma che altro non sono che il possesso precario secondo la nozione stabilita dal Diritto romano (*Ibid.*, pag. 109) e si differenziano dagli — atti di tolleranza — per questo che ad essi non si estende la presunzione di tolleranza e famigliarità, che a questi altri atti è annessa. Qualunque sia il valore degli argomenti escogitati dal Bolchini, la sua opinione è inaccettabile, non potendo seriamente contestarsi che il legislatore nell'articolo 688 volle riferirsi alla teoria storica delle *res facultatis*, e conservare al vocabolo — atti facoltativi — il suo significato tecnico.

(2) Sentenza 10 dicembre 1885. Est. Secco-Suardo, *G. T.*, 1886, 17; *Idem* stessa C. C., 12 marzo 1886; 30 dicembre 1892; 5 maggio 1898; *G. T.*, 1886, 275;

*134[ter]. — Concordano dottrina e giurisprudenza nel ritenere che gli atti facoltativi, di cui è cenno nell'art. 688 Cod. civ., sono quelli che hanno la loro causa in una facoltà derivante dalla naturale libertà o dalla legge, non quegli altri, che dipendono dall'esercizio di una facoltà convenzionale. La limitazione risponde alla ragion giuridica, la quale vieta ai privati di creare cause d'imprescrittibilità oltre a quelle tassativamente determinate dalla legge. Le così dette facoltà convenzionali in sostanza sono veri e proprii diritti, il cui esercizio pel comune consenso dei contraenti fu ristretto entro certi confini in precedenza segnati. Appena fuori di questi confini riprende vigore la legge comune. Donde segue che il possesso, se rimane coartato entro i limiti che circoscrivono l'esercizio del diritto, sia inetto ad usucapire; ma ciò si avvera, non già per effetto della natura facoltativa del diritto su cui il possesso si esercita, ma per virtù della convenzione, che imponendo quei limiti toglie al godimento della cosa la volontà di trattarla da padrone; e per logico contrapposto che se viene esercitato fuori dei limiti prestabiliti ed in contraddizione al titolo è idoneo all'acquisto del diritto, senzachè alcun impedimento possa opporre la convenzione che in fatto non ebbe efficacia di sorta. Un'esatta applicazione di questi principii ebbe a fare la C. C. Napoli nella seguente specie. Perucci aveva ottenuto nel 1812 dall'autore di Tomasini di appoggiare su un arco a costui appartenente talune sue nuove fabbriche e di poter aprire un lume ingrediente in conformità delle prescrizioni di legge ed un altro finestrino di determinate dimensioni, a patto che il concedente potesse quandocumque elevare il suo edificio e chiudere le aperture. Ma quando Tomasini

---

1893, 167; 1898, 1057. In senso conforme Savigny, *Sistema*, IV, § 199, pag. 591 (trad. Scialoja); C. C. Firenze, 28 luglio 1892; *G. T.*, 1893, 66. Il concetto che il possesso deve presentarsi come esercizio di un diritto e non come godimento eventuale ed arbitrario, era stato portato alle sue logiche conseguenze dalla Romana Giurisprudenza in ipotesi analoghe a quelle, di cui ora è questione. Così l'interdetto *de itinere* competeva a colui che nell'ultimo anno aveva esercitato il passaggio in 30 giorni diversi; ma era stato espressamente deciso che quando l'esercizio del passaggio rappresentava un fatto accidentale o un atto di tolleranza, l'interdetto non poteva esperimentarsi. Fr. I, § 6, *de itinere*, 43, 19; " Vivianus recte ait, eum qui propter incommoditatem rivi, aut propterea quia via publica interrupta erit, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum; atque inutile esse interdictum: non quasi precario usum, sed quasi nec usum... ". Più esplicito ancora è il Fr. 7, *eod.*: " Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id jure suo faceret, sed si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere; nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet ". — Vedi Savigny, l. c.; e *Poss.*, § 46.

nel 1883 volle valersi di cotale facoltà, Perucci gli oppose la prescrizione acquisitiva della servitù di prospetto, perchè nel muro invece delle aperture autorizzate dalla convenzione del 1812 esistevano da più di trent'anni una finestra e un finestrino, ed a giustificarla dedusse una prova per testi che fu disposta dal Giudice. Tomasini chiese l'annullamento della pronuncia; ma la Cassazione rigettò il ricorso pel motivo che nel caso si trattava di una facoltà convenzionale (1).

134quater. — Gli atti facoltativi, come venne dimostrato sopra al n. 61, cambiano natura e possono servir di fondamento al possesso legittimo dal dì che l'esercizio della facoltà venga impedito o proibito da chi pretende acquistare un diritto (2). Sulla forma della contraddizione basta richiamare le osservazioni esposte al n. 61.

Abbiamo veduto (3) che quanto alla servitù degli scoli il Codice civile all'art. 637 stabilisce un altro modo di trasformazione degli atti facoltativi in possesso legittimo, consistente nel fatto del proprietario del fondo dominante di cominciare o continuare a goderli non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo servente. Ora si può chiedere se la disposizione contenuta nell'art. 637 possa estendersi a tutti gli atti facoltativi in genere. La logica vorrebbe si rispondesse affermativamente, perchè il godimento non ostante il divieto del proprietario o titolare della facoltà comprova l'*animus rem sibi habendi* ed elimina ogni idea di precarietà. Tuttavia reputo tassativa e limitata alla suddetta servitù quella disposizione, perchè l'art. 631 Cod. civ., il quale disciplina in via di regola generale l'acquisto mediante prescrizione delle servitù negative, non annovera l'opposizione rimasta infruttuosa del proprietario del fondo servente fra i mezzi, che rendono il possesso idoneo all'acquisto.

135. — Gli atti di tolleranza non servono di fondamento al possesso legittimo. Anche a loro riguardo devesi notare che essi, non contenendo l'*animus rem sibi habendi*, eliminano non soltanto il possesso legittimo, ma quello formale in genere.

---

(1) Sent. 17 gennaio 1885, *Racc.*, 1885, 1, 262.

(2) Vi ha appena bisogno di espressamente notare che la *contradictio* ha efficacia soltanto riguardo alle facoltà della 1a categoria; chè quanto a quelle componenti la seconda essa riuscirebbe del tutto inutile perchè sulla cosa comune o pubblica non è possibile nè proprietà nè possesso giuridico individuale (art. 690 Cod. civ.).

(3) Sopra n. 30ter.

L'atto di tolleranza e quello a nome altrui, benchè in questo concordino, che nè l'uno nè l'altro tendono all'acquisto di un diritto, sono del resto molto differenti: chi detiene la cosa in altrui nome, presta l'opera sua in favore di altra persona, chi detiene a titolo di tolleranza, possiede a proprio nome e vantaggio, benchè non abbia la volontà di appropriamento, ed ha così una specie di *animus possidendi*. Il possesso per mera tolleranza potrebbe quindi essere considerato come un caso di possesso derivativo; e poichè il Diritto Romano aveva ritenuto come tale il precario propriamente detto, non havvi alcuna solida ragione di rifiutare la medesima qualità al possesso di tolleranza, che è un precario improprio.

Gli atti di tolleranza si distinguono nettamente da quelli facoltativi. In questi il sostrato è l'esercizio di un diritto proprio. Chi va alla fontana pubblica ad attingervi acqua ed al bosco comunale a raccogliervi legna, chi manda al pascolo promiscuo le proprie bestie, usa di un diritto spettantegli come cittadino ed abitante di quel Comune. Così pure chi gode di un ameno prospetto consentitogli dall'essere vuoto e libero il terreno del vicino, trae vantaggio dall'esercizio della sua proprietà. Quelli invece si vengono esplicando sulla cosa e sul diritto altrui, ed in modo conforme alla volontà del proprietario, che li autorizza o permette. Gli atti facoltativi hanno per oggetto la cosa propria, quelli di tolleranza la cosa altrui. Quelli non possono dar vita ad un possesso legittimo, perchè trovano un ostacolo nel titolo, in virtù del quale si compiono, o nella qualità della cosa posseduta; questi perchè sforniti dell'animo di esercitare un diritto proprio.

È raro che la tolleranza provenga da un'espressa concessione, sebbene il caso possa avverarsi anche praticamente. Il più delle volte la tolleranza è presunta. Così la fanno ritenere gli atti che non sarebbero leciti a tenore dello stretto diritto, e che sono giustificati dai rapporti di buon vicinato, di amicizia, di famigliarità, siccome ha insegnato Paolo: " Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit „ (1).

Esempi di atti di tolleranza ci sono offerti dalla tacita licenza accordata di spigolare nei campi dopo la mietitura, e dalla consuetudine vigente nelle campagne, per cui ciascuno dei vicini svolta l'aratro nel fondo contiguo (2).

Nella dottrina francese è oggetto di una disputa vivace il godi-

(1) Fr. 41, D. *de poss.*, 41, 2.
(2) Troplong, *Prescr.*, n. 391.

mento di alcuni diritti sopra una foresta di altrui spettanza. Taluni lo considerano come una servitù discontinua, il cui esercizio per presunzione di legge si reputa a titolo di tolleranza. Altri distinguono tra i varii diritti che possono essere esercitati, ammettendo che alcuni, come sarebbero quelli di tagliare legna per ardere, o legname per fabbricare, di esportare i rami secchi, e gli alberi morti, purchè vengano esercitati da una Comunità in modo pubblico e continuo, costituiscono un diritto di uso acquisibile col possesso; negando tale qualità ad altri, come sarebbe quello di pascere il bestiame, cui considerano come servitù discontinue, che non si possono stabilire se non mediante un titolo (1).

La questione venne presso di noi risolta dall'art. 630 Cod. civ. che equipara espressamente l'uso dei boschi e delle foreste al diritto *di uso*, e lo distingue così dalle servitù prediali. Tuttavia in pratica anche presso di noi si presenterà assai spesso il dubbio, se certi atti per sè ambigui tendano allo stabilimento di un vero diritto di uso, od al contrario non siano che l'esercizio di una servitù discontinua. Il criterio di distinzione devesi, a mio avviso, desumere dall'importanza del diritto esercitato, e dal danno che ne prova il proprietario del bosco. Così la presunzione di tolleranza se può ammettersi pel fatto del proprietario, che permette ad altri di raccogliere nel suo bosco le foglie secche e cadute a terra, apparisce invece inverisimile quando il diuturno possesso abbia avuto per oggetto il diritto di tagliare i rami, o quello di esportare piante, o di eseguirvi in genere altri atti di maggior rilievo. Una tolleranza spinta a tal segno diventa intollerabile e non può apprestare una valida difesa contro l'opera e gli effetti della prescrizione acquisitiva.

La presunzione di tolleranza, che si ammette in tutti i casi sovra enunciati e negli altri consimili, cessa per dare luogo ad un possesso *animo domini*, quando in chi pone in essere gli atti di possesso havvi la pretensione di esercitare un diritto, ed in chi li tollera un abbandono delle proprie ragioni (2).

136. — Gli atti di violenza non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo (art. 688 Cod. civ.). Che inten-

---

(1) Troplong, n. 394 e segg. esamina lungamente la questione.

(2) Citata sent. 17 gennaio 1885, della C. C. Napoli, *Racc.* 1885, 1, 562. Naturalmente la pretensione di esercitare un diritto deve essere manifestata con atti esteriori. e riuscirebbe inutile in tutti quei casi in cui la legge presume essa medesima la famigliarità e la tolleranza, come nelle servitù discontinue. Confor. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 286.

desi per violenza? Il Diritto Romano aveva posto differenza tra gli interdetti *retinendae* e quelli *recuperandae possessionis*. Quanto a quelli la violenza era insita nel fatto stesso della turbativa, eccetto che si provasse che erasi compiuto col consenso del possessore. Quanto a questi all'opposto era richiesta la violenza vera diretta contro la persona del possessore. La violenza poteva essere semplicemente morale, consistente cioè nella ragionevole paura d'imminenti violenze. Quella legislazione aveva poi disposizioni severe contro colui il quale avesse fatto uso della *vis armata*, poichè non gli permetteva di opporre l'eccezione, ad ogni altro perturbatore concessa, che il suo avversario possedeva *vi, clam, aut precario.*

Gli atti di violenza fisica perpetrata sulla persona del possessore non possonsi certamente verificare con molta frequenza nei civili consorzii. Cotali atti non solo sono raffrenati dalla Legge civile col proclamarli inetti a fondare un diritto, qualunque esso sia, ma sono ancora repressi e puniti severamente da quella penale. L'ordinamento dei servizii sociali e massime di quelli concernenti la pubblica sicurezza, la civiltà attuale contraria all'esercizio della forza individuale, sia pur a tutela di un diritto, rendono molto rari i casi di violenta dejezione del possessore dalla cosa da lui occupata. Il secolo presente non corre proclive all'uso della violenza, meritevole di biasimo e di pena, ma franca ed aperta; tende invece all'astuzia ed alla frode. I leoni scompaiono dalla faccia della terra, lasciando libero il luogo alle finissime volpi.

È quindi naturale che la nozione della violenza siasi venuta modificando, e raffinando per così dire, passando dalla forma della violenza fisica esercitata sulla persona del possessore a quella della violenza morale commessa con minaccie o col semplice incuter paura, ed a quella infine della semplice ma voluta violazione dell'altrui possesso malgrado il contrasto dell'altrui volontà.

136bis. — Ma neanche a questo punto si è arrestato lo svolgimento del concetto della violenza presunta; chè anzi la giurisprudenza, precipitatasi per questo pendìo, ha ecceduto i giusti confini, proclamando esistente la violenza presunta in molte fattispecie, le quali non rivelano alcuna traccia di violenza o fisica o morale, ed escludono anzi il contrasto di volontà fra loro cozzanti. La massima, che, sebbene non pacifica ed universale, predomina nella più recente Giurisprudenza, è la seguente: esservi violenza da reprimersi mediante l'azione di spoglio, ogniqualvolta il possessore è privato del suo possesso contro la propria volontà, anche presunta; non essere quindi necessaria un'effettiva opposizione, poichè il difetto di un

preavviso dato dallo spogliatore allo spogliato fa presumere che la volontà di questo sarebbe stata contraria (1).

Non posso accettare questa massima. Non si vuole più come in antico la *vis atrox*, che era formalmente richiesta dall'interdetto *de vi:* " Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum " (2). Ma è pur vero che dalla *vis atrox*, che è per così dire il più alto grado della violenza, alla semplice mancanza di un diffidamento non havvi un passaggio, ma un salto. Non un lungo tratto di cammino, ma un abisso le separa. Si amplii, quanto bisogni pei mutati costumi, il concetto della violenza, lo si dispensi dal requisito della materiale *dejectio* del possessore, ed anche delle vere e proprie minaccie in qualunque modo commesse, ma atte ad incutere paura; ma non lo si snaturi trasformandolo in quello del tutto differente della semplice mala fede. La legge dichiara inutili all'acquisto del possesso legittimo gli atti violenti, non quelli semplicemente arbitrarii e lesivi dell'altrui diritto (3). Chi entra nell'altrui fondo, quando il possessore se ne è assentato lasciando vacuo il possesso, commette bensì un'azione contraria alla volontà di questo, ma non un atto violento; siccome ci ammaestra l'antico Diritto: " Item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse (4) ".

La equiparazione della violenza alla contrarietà semplicemente presunta della volontà del precedente possessore non è accettata concordemente dalla patria Giurisprudenza, la quale ci presenta, sebbene in numero molto minore, decisioni in cui è richiesta la vera violenza fisica o morale. La C. C. Roma nelle sue sentenze 22 marzo 1877 e 21 marzo 1885 (5), affermava non bastare che non si sia ricorso al Magistrato, ma essere d'uopo che ci sia violenza effettiva sia fisica sia morale alle persone, quella almeno indiretta, che risulta da abbattimento di opere, di ripari o di altri ostacoli posti a guardia dell'altrui possesso. Alle stesse idee si ispirava la C. C. Palermo nella sua decisione 29 gennaio 1876 (6); e quella di

(1) Vedi in questo senso C. C. Firenze, 13 dicembre 1883, 20 maggio 1898; *Legge*, 1884, I, 114; 1898, II, 82; C. C. Torino, 2 febbraio 1886, 11 marzo 1887, 21 luglio 1898, 25 agosto 1899, *G. T.*, 1886, 253; 1887, 302; 1898, 1223; 1899, 1484; C. C. Napoli, 18 maggio 1897, *Legge*, 1897, II, 621.

(2) Fr. 1, § 3, D. *de vi*, 43, 16.

(3) Conformi Troplong, *Prescr.*, n. 416. Laurent, *Principes*, XXXII, n. 283.

(4) Fr. 4, § 28, D. *eod.*

(5) *Legge*, 1878, I, 338; 1885, II, 220.

(6) *Legge*, 1878, 1, 642.

Napoli, felicemente delineando la vera nozione della violenza, quale risponde ai costumi ed alla civiltà del secolo, la pose nello scontro delle volontà contrarie ed opposte nell'atto stesso in cui si compie lo spoglio (1). E non è da trascurarsi che la stessa C. C. Torino ebbe a discostarsi dalla rigidità della massima sempre professata nella sentenza 12 maggio 1886 (2), ove ritenne che la violenza deve avere il carattere della deiezione eseguita con fatti che direttamente e potentemente contro la volontà del possessore impediscano o respingano l'altrui esercizio del possesso, in circostanze e modi tali da escludere ogni idea di volontaria acquiescenza; e che non vi ha violenza nell'ingiunzione fatta pacificamente di dismettere il possesso seguìta dalla effettiva dismissione senza proteste.

136[ter]. — Questa la dottrina, che io reputo consona al vero. Perchè consista la violenza, è imprescindibile siasi esercitata una illegale pressione sull'altrui volontà. Ma ove questa non siasi manifestata, o non abbia pur avuto modo di manifestarsi, contraria, scompare ogni ombra di violenza. Si è scelto, ad esempio, il momento, in cui il possessore erasi allontanato dal fondo per andarsene al mercato della vicina città, e si è così senza contrasti occupato il fondo. Come può sostenersi che una tale occupazione costituisca una violenza, quando l'usurpatore, il predone, appunto per evitare l'urto di una volontà, che presumeva contraria, e il bisogno di usare della forza, ha spiato l'ora opportuna per entrare nell'altrui possesso senza trovare impedimento? Il possesso è in questo caso infetto dal vizio della clandestinità secondo il razionale insegnamento della sapienza antica (3). Certamente nessuno esige che il possessore abbia ad opporre una materiale resistenza, sì che la violenza risulti dalla sconfitta nella lotta. Violenza effettiva esiste allora, che abbia manifestato la volontà sua contraria all'offesa, che si tentava di arrecargli, e siasi poi ritirato dinanzi all'emulo per timore di venire *ad arma et rixas*. Ed esiste violenza effettiva, perchè quella volontà contraria aveva intanto diritto di essere rispettata, e venne invece illegalmente superata, mentre al giudice solo spettava di rimuovere la opposizione, che essa aveva sollevato. Quando pure l'aggressore avesse avuto un diritto prevalente, fosse stato il proprietario medesimo, ed ingiusta quindi fosse stata l'opposizione, egli non poteva sostituire il privato suo arbitrio alla giustizia sociale.

---

(1) Sentenza 9 novembre 1884, *Legge*, 1885, I, 449; *Idem*, stessa C. C. 12 marzo 1887, *Legge*, 1887, II, 661.
(2) *G. T.*, 1886, 434.
(3) Fr. 6, § 1, D. *de poss.*, 41, 2.

Riassumendo questi criterii, che a me paiono i soli esatti, concludo che la violenza esiste nei seguenti casi:

1° Quando taluno ha colla forza e superando la materiale resistenza dell'attuale possessore occupato il possesso della cosa. Questa ipotesi ci presenta il massimo grado della violenza, quella fisica, che si esercita direttamente sull'altrui persona.

2° Quando con minaccie si costrinse il possessore ad abbandonare la cosa, o quando questi si è astenuto dal difendere il suo possesso per paura d'imminenti violenze e per evitare una probabile colluttazione. Ed è codesta la violenza morale, non meno effettiva di quella fisica.

3° Quando è rimasta inefficace l'opposizione attuale del possessore, oppure quando si sono colla forza tolti gli ostacoli, gl'impedimenti ed i ripari che il possessore aveva messo a guardia del suo possesso. E questa io chiamerei *violenza presunta*, perchè vera violenza, checchè dicasi in contrario, non ci presenta questa ipotesi, ma è supposta dalla legge, la quale giustamente desidera che non sia conculcata la volontà del possessore, nè siano arbitrariamente manomessi i segni e le materiali difese del suo possesso.

136quater. — Il possesso si reputa violento, quand'anche la violenza, con cui venne acquistato, non sia stata commessa direttamente dall'usurpatore, ma per suo ordine da altre persone. Ed anzi non occorre neppure un mandato espresso, bastando all'uopo la ratifica o l'approvazione degli atti violenti per parte di chi ne ritrae vantaggio (1), specialmente poi quando corrano tra questo e chi consumò la violenza, rapporti di dipendenza, pei quali il primo debba rispondere del fatto del secondo (2). In tesi generale dovrà imputarsi la violenza a chi abbia la giuridica responsabilità del fatto sebbene non ne sia l'autore materiale (3).

D'altro canto è violento il possesso, sebbene la violenza sia stata usata non sul possessore, ma su quelli che tenevano la cosa in suo nome (4).

Al contrario non è violento quando il possessore viene cacciato dal fondo, ma l'usurpatore non lo occupa, di guisa che un terzo, del tutto estraneo alla commessa violenza, s'immette tranquillamente nel possesso rimasto vacante. Il possesso così acquistato,

---

(1) Troplong, *Prescr.*, nn. 414 e 415.

(2) C. C. Roma, 21 marzo 1885, *Legge*, 1885, II, 220.

(3) Vedi C. C. Firenze, 19 gennaio 1889; C. C. Torino, 6 agosto 1900; *G. T.*, 1889, 305; 1900, 1080.

(4) Fr. 1, § 22, *de vi et vi arm.*, 43, 16.

in conformità degli insegnamenti lasciatici dalla Giurisprudenza Romana, è idoneo fondamento dell'azione possessoria e dell'usucapione (1).

137. — Gli atti clandestini al pari dei violenti sono inetti a dar vita al possesso legittimo.

I Romani reputavano clandestino quel possesso che erasi acquistato in modo fraudolento, sì da riuscire celato all'avversario, che probabilmente sarebbesi opposto. " Clam possidere eum dicimus, scrisse Ulpiano, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturus suspicabatur, et ne faceret timebat „ (2). Ed altrove: " Clam facere videri Cassius scribit eum qui celavit adversarium, neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam, aut debuit timere „ (3). Secondo questi responsi la clandestinità consiste nel modo occulto con cui si apprende il possesso, ispirato dal fraudolento disegno di celare l'acquisto all'avversario, di cui si teme l'opposizione. Il criterio per decidere se l'atto d'acquisto sia o non stato clandestino, è fornito dalla qualità del possesso. Se essa rende agevole la dolosa occultazione dell'acquisto, si presenta naturale la presunzione della clandestinità, tranne che il possesso sia stato reso palese con atti esteriori e facilmente riconoscibili. Per es., chi apra un acquedotto, un sotterraneo, una cantina sotto l'altrui suolo, difficilmente potrà risparmiare al suo possesso la taccia di clandestino. Alla presunzione si sostituisce la certezza se il possessore non solo nulla fece per rendere visibile l'inizio del suo possesso, ma cercò anzi di occultarlo.

Il concetto della clandestinità è stato, come quello della violenza, snaturato dalla prevalente Giurisprudenza che lo fa consistere nel difetto di un previo diffidamento all'antico possessore, ed incorre quindi nello stesso errore, che ho rilevato parlando della violenza. Di tal guisa la clandestinità diventa sinonimo della semplice mala fede, laddove la tradizione giuridica ci dice, che essa include i concetti di frode, di voluta e preordinata occultazione di atti che, conosciuti dall'avversario, si prevede sarebbero da lui vietati od impediti; e violenza e clandestinità si confondono senza possibilità di distinzione in un solo concetto vago, indeterminato che urta nella lettera e nella mente della legge.

La dottrina, che io professo, venne accolta dalla Corte di Cassazione di Roma, la quale nella già citata decisione del 21 marzo

---

(1) Fr. 4, § 27; 33, § 2, D. *de usurpat.*

(2) Fr. 6, D. *de poss.*. 41, 2.

(3) Fr. 3, § 7, D. *quod vi aut clam*, 43, 24.

1885 (1) così ragionava: " A costituire la clandestinità non basta la mancanza della precedente denunzia, e che si sia perciò agito per avventura ad insaputa del proprietario; ma occorre invece la vera mancanza di quegli elementi, che rendono pubblico il possesso, occorre cioè che gli atti, coi quali il possesso venne appreso, anzichè essersi compiuti normalmente ed alla palese, in modo da poter essere tosto conosciuti da tutti e per tanto anche da colui che vi abbia interesse, presentino nelle varie figure dei casi qualche cosa di occulto e di furtivo. *Clam possidere eum dicimus et rel.*, l. 6, D. *de poss.* In coerenza l'art. 695 Cod. civ. parla di colui che fu spogliato occultamente, lo che mal si traduce nella semplice sua ignoranza del fatto spogliativo, potendo questo fatto nulla avere in sè di occulto, nonostante che lo si ignori da lui " (2).

138. — Il possesso acquisito con atti violenti e clandestini può in seguito trasformarsi in possesso legittimo, quando la violenza e la clandestinità siano cessate. È questo il positivo disposto dell'art. 689 Cod. civ. La legislazione romana aveva stabilito che il vizio della violenza non si ritenesse purgato, se non quando la cosa fosse tornata in potestà dello spogliato, e che fino a questo momento ne fosse impedita la usucapione (3). Questi precetti sono approvati e lodati dal Laurent, il quale muove aspra censura al Legislatore francese per non avere proceduto con pari rigore a punire la violenza, privandola di ogni effetto. Si legittima così la violenza, e si spingono gli uomini a farne uso, poichè sanno, che, quella cessata, si consacrerà dalla legge la loro impresa, e se ne proteggeranno le conseguenze (4).

È impossibile negare che il sistema adottato dal Diritto Romano fosse più logico e più morale, perchè gli atti violenti e clandestini imprimono al possesso nato per loro opera un vizio tale, che non dovrebbe reputarsi purgato, se prima non è ristabilito l'ordine giuridico e morale colla restituzione della cosa al legittimo suo proprietario. Il sistema seguìto dal Codice francese e dal nostro ha in certo qual modo autorizzato gli atti violenti e clandestini, ratificandone gli effetti ed accettando i fatti compiuti (5).

---

(1) *Legge*, 1885, II, 220.

(2) Vedi in questo senso Duranton, XI, n. 217; Ricci, V, 60; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 257.

(3) § 2 et segg., I, *de usucap.*, 2, 6: Fr. 4, § 6, D. *de usurp.*, 41, 3.

(4) *Principes*, XXXII, n. 280.

(5) Conforme Tartufari, Op. cit., vol. II, n. 725. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 252, pur riconoscendo che le disposizioni del Diritto Ro-

138[bis]. — Si domanda da qual momento si potranno dir cessate la violenza e la clandestinità. Il Delvincourt voleva un nuovo acquisto del possesso ed un nuovo titolo. Ecco in succinto le sue ragioni: L'ultimo inciso dell'articolo 2233, Codice francese (simile all'art. 689 del nostro), ebbe il solo scopo di abrogare il severo disposto delle Leggi Romane che esigeva la restituzione della cosa al legittimo proprietario, ma non ha derogato alle regole certissime in Diritto civile, che il possesso mantiene in tutta la sua esistenza quei caratteri che avea al momento della sua nascita, e che il possessore non può cambiare a sè stesso la causa del suo possesso. Secondo la Legge civile basterà quindi che il possesso si trovi intervertito pel fatto di un terzo, benchè questi non sia il proprietario della cosa usurpata; ma sarà pur sempre necessario un novello atto di apprensione. Eccellenti ragioni in astratto queste del Delvincourt, ma ripugnanti in concreto alla mente ed alla lettera della legge, che devesi applicare. Dovette egli stesso riconoscere che i motivi del Codice francese rivelano precisamente un contrario pensiero, ed escludono la necessità di un nuovo titolo e di un nuovo atto di apprensione. Al pensiero risponde a capello la lettera del testo, il quale detta poter cominciare il possesso legittimo, quando la violenza e la clandestinità *sono cessate*, e non richiede un nuovo atto di acquisto in base ad un titolo diverso. Ed è questa la dottrina comunemente accolta dagli scrittori francesi nell'interpretare l'articolo 2233 del loro Codice. Poichè il nostro ha fedelmente seguìto il modello francese, non vuolsi farne diversa estimazione. Trattasi adunque di un'indagine di puro fatto completamente rimessa al prudente arbitrio del Giudice, il quale secondo le circostanze di ciascun caso deciderà da qual momento siano a ritenersi cessati i vizi del possesso. Tutto il tempo precedente sarà considerato come inutile e si computerà nella durata del possesso solamente quello posteriore. Una lieve difficoltà sorge dall'art. 695 del Cod. civ., il quale concede allo spogliato, per tutto l'anno susseguente allo spoglio, la facoltà

---

mano erano improntate da una maggior equità, a sostegno del sistema adottato dai moderni legislatori mettono innanzi considerazioni di pratica utilità, come quella d'impedire che taluno possa essere privato della cosa da lui posseduta solo perchè in un'epoca lontana il suo autore iniziò il possesso con un atto violento o clandestino. Rispondo che l'obbiezione non ha tanta gravità, quanto a prima vista apparrebbe, purchè non si snaturi il concetto della violenza e della clandestinità, come abbiamo veduto farsi dalla prevalente giurisprudenza, e che per di più non si può immaginare alcuna ragione per cui il possesso violento o clandestino debba essere trattato meglio che quello precario.

di domandare la reintegrazione. A conciliare i disposti degli articoli 688 e 695 parmi necessario ritenere che per tutto l'anno utile alla querela di spoglio il possesso conservi le qualità originarie di violento e di clandestino, e che in nessun caso il principio del possesso legittimo possa stabilirsi se non dopo trascorso l'anno. La contraddizione non consente di ritenere possesso legittimo quello che può essere revocato mediante l'azione di spoglio.

139. — Abbiamo così passato in rassegna i vizi che macchiano l'origine del possesso, ed impediscono che produca gli effetti, che a quello legittimo sono attribuiti nel vigente sistema di diritto.

Ci si presenta qui una questione della più alta importanza. L'efficacia e l'estensione dei vizi del possesso debbono misurarsi con criterii obbiettivi ovvero subbiettivi; od in altri termini le qualità essenziali del possesso legittimo debbono stabilirsi di fronte all'universale dei cittadini, o solamente in rapporto agli interessati?

A rendere più chiara e più breve la disamina della questione, credo opportuno di rilevare, che le disposizioni delle Leggi Romane, che vi hanno attinenza, sono limitate alla materia degli interdetti, e che invano quindi si citano da alcuni a sostegno di un'opinione, che dovrò combattere. Riguardo agli interdetti era disposto che la violenza, la clandestinità ed il precario dovessero valutarsi solo di fronte all'avversario, siccome emerge dalla formola dell' — *uti possidetis* — tramandataci da Ulpiano: " Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero possidetis „ (1). E Paolo ci dà la ragione di questa relativa valutazione del vizio: " Justa enim, an injusta adversus caeteros possessio sit, *in hoc interdicto nihil refert*; qualiscumque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam qui non possidet „ (2). La cosa non è meno certa per l'interdetto *de vi*; tant'è che nella ipotesi della *vis armata* si negava al convenuto di poter invocare l'eccezione, *si non vi, clam, aut precario*. Questa valutazione ristretta ai rapporti fra i contendenti nel processo interdittale era una conseguenza della natura dell'eccezione, con cui il convenuto otteneva di ricuperare il possesso nell'interdetto *uti possidetis*, e respingeva la domanda in quello *de vi*. La eccezione per le regole elementari di procedura è circoscritta dai limiti segnati dall'interesse di chi la oppone, e non può appoggiarsi sul diritto e sull'interesse del terzo. Ma nei riguardi dell'usucapione la cosa era

(1) Fr. 1, pr. D. *uti poss.*, 43, 17.
(2) Fr. 2, *eod. T.* Confor. Fr. 1, § 9, *eod.*; Fr. 53, D. *de poss.* 41, 2.

ben diversa. Il possesso affetto da vizi era inutile; di guisa che abbiamo veduto come la cosa *vi possessa* non potesse usucapirsi, se prima non era tornata in mano del proprietario.

Le moderne legislazioni modellate sul Codice francese corrono per un diverso ordine di idee. Il *possesso legittimo* necessario alla usucapione ed alle azioni possessorie è un complesso di qualità obbiettive, indipendenti dai rapporti speciali che il possessore possa avere colle persone interessate ad opporsi al fatto del suo possesso. La pubblicità, la tranquillità, la intenzione franca e manifesta di trattare la cosa da padrone debbono affermarsi in faccia alla società tutta e non solo in rapporto a certe determinate persone. Il sistema seguìto dal legislatore rivela che questa e non altra è stata la sua mente. Di vero l'art. 694 del Cod. civ. il quale disciplina l'azione possessoria, *disertis verbis* sancisce, che quelli soli possono sperimentarla, i quali vantano un possesso legittimo durato già almeno un anno. Donde apparisce che il difetto di quei requisiti, che concorrer debbono a farlo legittimo, non costituisce più, come nell'antica procedura interdittale, il sostrato materiale di un'eccezione opponibile dall'avversario nel suo particolare interesse, ma elimina invece l'esistenza di un possesso legittimo, e con essa la base dell'azione che mal venne promossa. Il difetto dei requisiti suddetti, non riflettendosi più nel giudizio possessorio sotto forma di un'eccezione che di sua natura non può trascendere i rapporti tra convenuto ed attore, colpisce la stessa azione, o, ad esser più esatti, lo stesso diritto, che l'attore vorrebbe far riconoscere, ed è quindi opponibile da chicchessia.

Nè mi si opponga l'avere io stesso altrove insegnato, che i vizi della violenza e della clandestinità si valutano con criterii desunti dai particolari rapporti dell'usurpatore colla parte offesa. La incoerenza non è che apparente. Altro è che, dovendosi determinare se un possesso sia stato violento o clandestino nel suo inizio, bisogni indagare i rapporti tra l'attuale ed il precedente possessore; altro, che, stabilita la realtà del fatto, questi solo sia ammesso ad opporre i vizi del possesso. Indarno pure si obbietterebbe che il Codice stesso avendo espressamente stabilito che il possesso legittimo comincia quando essi sono cessati, ha nel modo più perspicuo significato, che debbonsi considerare soltanto nei rapporti tra gli interessati, perchè solo in loro confronto puossi determinare se e quando siano cessati. L'obbiezione non ha consistenza, perchè se il legislatore avesse adottato criterii siffatti per valutare le qualità del possesso legittimo, sarebbe poi incorso in una patente contraddizione stabilendo in via di regola generale e senza distinguere tra interessati ed estranei, che il medesimo

non comincia, se non quando la violenza e la clandestinità sono scomparse.

Che se dall'azione possessoria volgiamo lo sguardo all'usucapione, più certo ancora ci apparrà, che le qualità del possesso hanno un rapporto universale. Di vero, poichè essa è un titolo di acquisto della proprietà e dei diritti reali, e deve essere efficace di fronte all' universale, *quoad omnes*, è conseguente che il possesso, il quale ne è il fattore principale, abbia un ugual valore. Quegli, contro cui si sperimenta l'azione reale a tutela del diritto che si pretende acquisito mercè l'usucapione, ha ragione di respingerla dimostrando che l'acquisto non potè effettuarsi per mancanza dei requisiti voluti dalla legge. Ciò gli consente il Codice, quando detta che all' acquisto per prescrizione occorre un possesso legittimo, senza distinguere persona da persona, senza eccezioni in favore o contro di alcuni (art. 2106). Colla lettera concorrono lo spirito e la ragione del testo. Di vero l'usucapione è un mezzo di acquisto che la Legge civile autorizza e disciplina per motivi di generale interesse. Non adunque nel particolare vantaggio del solo precedente proprietario, ma nell'interesse di tutto il corpo sociale è stabilito, che il possesso ad *usucapionem* abbia certi requisiti, dalla cui efficacia meglio parve assicurato quell' interesse. E per naturale conseguenza chiunque si vegga opposta in giudizio la usucapione, sotto forma di azione o di eccezione, ha diritto di provare che il possesso vantato dall'avversario, non ha il corredo di quelle qualità, che occorrerebbero ad usucapire, e non risponde al modello disegnato nella legge. Se la proprietà e i diritti reali, che ne derivano, valgono *quoad omnes,* per necessaria corrispondenza tutti hanno diritto di dimostrare che l'avversario non acquistò la proprietà od il diritto reale, su cui si fonda la sua azione o la sua eccezione (1).

140. — Dalla dottrina, che io professo, è ben diversa quella che comunemente si segue, la quale distingue vizio da vizio, riconoscendo che alcuni possono da tutti essere invocati, e sostenendo che altri hanno un' efficacia limitata ai rapporti tra il possessore e l'avversario avente un interesse diretto. È concordemente ammesso che la discontinuità e l'interruzione del possesso possono dimostrarsi da qualsiasi avversario. Ciò che non poteva pur revocarsi in dubbio, perchè la discontinuità e l'interruzione fanno venir meno il possesso in genere e non alcune soltanto delle qualità per

(1) Confor. LAURENT, nn. 289 e 308. Contra COVIELLO, Op. cit., pag. 186 e segg.

cui esso diventa legittimo (1). È anche concordemente ammesso che la manifestazione franca dell'animo, che informa la pubblicità ed esclude l'equivoco ed il precario, deve esistere come carattere universale. Ferve invece il dissenso riguardo alle qualità originarie del possesso. È sembrato decisivo il riflesso, che la clandestinità e la violenza consumansi in atti che violano il diritto di colui che prima possedeva, e giusta quindi e plausibile la conseguenza che questi solo e non gli altri, che a quel fatto erano rimasti estranei, potesse impugnare come vizioso il possosso. Egli solo fu leso, egli solo ha ragione di essere guarentito dagli effetti posteriori ed anche più pregiudizievoli, che lo spogliatore pretendesse derivare dalla sua antigiuridica azione. Ma gli altri quali ragioni potrebbero addurre? Non è forse vero che lo spogliatore ha posseduto? Che importa loro che il suo possesso sia cominciato in modo violento ed occulto? Ascoltisi uno dei fautori di tale opinione: " Mais un possesseur violent ou clandestin *possède*; il possède pour lui, il détient la chose *cum animo sibi habendi*, personne n'a plus que lui l'esprit de la véritable possession. Sans doute la sienne n'est pas suivant le vœu de la loi, pour qu'elle puisse servir de base à la prescription; mais ce vice n'a que des effets relatifs, c'est-à-dire par rapport à celui-là vis-à-vis duquel il existe " (2).

In modo poco dissimile ragiona il Troplong, il quale pensa che sarebbe un'eccezione *de jure tertii* quella che contro la legittimità del possesso si elevasse da persona estranea a quei rapporti donde ha origine il vizio del possesso (3).

141. — Anche la Patria Giurisprudenza è proclive a vedere nei vizi del possesso un'efficacia strettamente relativa. Così la C. C. Firenze nella sua sentenza 24 aprile 1873 (4), recisamente affermava che " il possesso si dice palese o clandestino in relazione soltanto alla parte cui si obbietta la prescrizione, e per essere pa-

(1) Quanto all'interruzione si è voluto distinguere tra la naturale e la civile, con una suddistinzione a riguardo di quest'ultima: si è cioè affermato che la naturale è efficace *erga omnes*; che viceversa la civile quando è prodotta da atti compiuti da colui, contro il quale corre l'*usucapione*, è operativa soltanto nei rapporti fra lui e il possessore; e che quando è prodotta da un atto ricognitivo del possessore ha un effetto assoluto (vedi Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 249). Tutte queste distinzioni e suddistinzioni non hanno alcun fondamento. In qualunque modo la interruzione si effettui, il risultato è sempre il medesimo, come si è osservato nel testo.

(2) Duranton, XI, n. 223.

(3) *Prescr.*, n. 370.

(4) *Giornale dei Tribunali*, 1873, 477.

lese basta che sia o possa essere noto a lui, senza bisogno che sia conosciuto, come dice la sentenza *(quella cassata)*, da tutto il mondo, leg. 6, ff. *de adq. vel amitt. poss.* „. La C. C. Torino con decisione delli 31 dicembre 1885 (1) in tema di manutenzione in possesso proclamava essere pacifico il possesso, quando non si ebbero a soffrire molestie da parte dell'avversario. Ê la Direzione della *Giurisprudenza Tor.*, in nota approvava tale decisione, e citava come conforme una sentenza della C. C. Napoli delli 25 gennaio 1868, riportata nella *Gazzetta dei Tribunali* di Napoli, XXII, 283. Se non che la C. C. Napoli pare aver receduto dalla pristina giurisprudenza ed essersi accostata a più retti principii nella decisione 29 aprile 1887 (2), ove afferma che la clandestinità, la quale dà luogo alla reintegranda, è diversa da quella che vizia il possesso, e deve essere valutata con differenti criterii. " Quanto al possesso, la clandestinità ha un rapporto universale, e si oppone al possesso pubblico, il quale ha luogo, quando si possiede alla vista e nella scienza di coloro, che lo hanno voluto vedere e sapere. Mancando ciò il possesso deve dirsi clandestino. Ma nel caso della reintegranda la clandestinità ha un rapporto peculiare con la sola parte offesa. Lo sappia tutto il mondo, se non lo saprà nell'epoca dello spoglio la parte interessata, vi è sempre il *clam*, che legittima la reintegrazione „ (3). La distinzione introdotta dalla C. C. Napoli è giusta ed esatta, ma priva di qualsiasi pratica importanza. Invero non può cader dubbio sul criterio eminentemente relativo, con cui si determina la clandestinità richiesta dalla reintegrazione, poichè soltanto colui, che fu spogliato, e non altri può domandarla, e, consistendo il fondamento della sua azione nello spoglio da lui sofferto, è logico che solo nel suo particolare rapporto si vada ricercando, se fu commesso l'atto violento o clandestino. La parte veramente importante di questa sentenza è quella, dove si afferma il principio, che, quanto al possesso, la clandestinità ha *un rapporto universale*; e che di conseguenza il possesso pubblico necessario per l'azione possessoria e per la prescrizione acquisitiva deve essere palese in relazione a tutti e non solo in relazione alla parte interessata.

---

(1) *G. T.*, 1886, 87.
(2) *Legge*, 1888, I, 195.
(3) Conforme stessa C. C., 16 febbraio 1891, *Legge*, 1891, II, 120.

SEZIONE III.

La prova del possesso.

SOMMARIO: 142. *Riflessi d'indole generale intorno alla prova del possesso.* — 143. *Si presume che ciascuno possieda per sè ed a titolo di proprietà (art. 687, comma 1°, Cod. civ.). - Ragione giuridica della presunzione.* — 143bis. *È salva la prova del contrario.* — 144. *Si presume che il possesso, cominciato ad altrui nome, sia continuato allo stesso titolo (art. 687, cap.). - Perchè così si presume.* — 144bis. *È permessa la prova del contrario.* — 145. *Provati il possesso attuale ed il possesso antico, si presume quello intermedio (art. 691 Cod. civ.). - Perchè così si presume.* — 145bis. *Significato dei termini* possesso antico *e* possesso attuale. — 145ter. *Si permette di provare il contrario.* — 146. *Si presume il possesso antico, quando esiste un titolo di acquisto (art. 692 Cod. civ.).* — 146bis. *Il possesso antico non fa presumere l'attuale.* — 147. *Quadro riassuntivo delle presunzioni legali.* — 147bis. *All'infuori di esse la prova è regolata dal Diritto comune.*

142. — La grandissima, quasi insuperabile difficoltà della prova del possesso legittimo, la quale concerne non il solo fatto materiale del possesso, ma ancora tutte le altre qualità, che si accolgono in quello legittimo, non ha bisogno di essere dimostrata. Se una prova siffatta dovesse direttamente fornirsi dal possessore, seguirebbe di necessità, che l'usucapione e l'azione possessoria, benchè scritte nei Codici a tutela di interessi generali, in pratica tornerebbero inutili per l'impossibilità di assodare in giudizio la sussistenza dei loro elementi di fatto. A così grave inconveniente mise riparo la stessa Legge civile con una fitta rete di presunzioni appositamente sancite per diminuire la difficoltà della prova.

Questo sistema è un corollario della nozione del possesso legittimo, nella quale hanno importanza non solo i momenti della nascita e della cessazione del possesso, ma anche quelli intermedii. Il Diritto Romano, che aveva preso in considerazione il solo momento, in cui il possesso nasce, lasciando il resto della sua esistenza in balìa alle regole generali di diritto, non aveva sentito il bisogno di stabilire alcuna presunzione. Al possessore bastava di provare di avere acquistato in una maniera immune da vizi e di avere conservato il possesso, ciò che non è disagevole, trattandosi di giustificare fatti semplici e da ognuno riconoscibili. Spettava al suo avversario, se voleva escludere le conseguenze derivanti dal fatto accertato del possesso, di dimostrare che in un dato momento esso era cessato, od aveva perduto alcuno dei ca-

ratteri essenziali, alla cui esistenza sono subordinati dalla legge gli effetti giuridici del possesso. Così la prova si muoveva libera entro i limiti stabiliti dall'interesse rispettivo delle parti.

143. — La prima delle presunzioni legali attinenti al possesso concerne l'*animus domini*. L'art. 687, nel suo 1° comma dispone che: " si presume sempre che ciascuno possieda per sè stesso ed a titolo di proprietà, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui ". Da quali principii giuridici la legge ha tratto questa presunzione? Il Troplong dice, che essa non esitò a dichiararsi pel possesso esercitato a titolo di proprietario, perchè l'uomo si reputa libero nell'uso delle sue facoltà, e padrone della materia su cui viene esercitandole, e perchè a far ritenere che sia all'altrui servizio è mestieri d'una prova (1). Il Duranton opina che la presunzione è fondata sul desiderio naturale dell'uomo di migliorare i mezzi, con cui provvedere alla propria esistenza, e sul suo stato d'indipendenza verso gli altri (2).

Queste ragioni non mi sembrano decisive. Ho avvertito, quando esaminai il concetto del possesso (3), che la materiale detenzione della cosa è un fatto per sè ambiguo, privo di un significato e di un valore giuridico, e non vincolato da un rapporto necessario all'*animus possidendi*. A rigor di diritto, chi allega in giudizio il possesso dopo d'aver giustificato la fisica disponibilità della cosa controversa dovrebbe ancora provare, che fu vivificata dall'*animus domini*; ciò che non potrebbe ottenere se non eliminando tutte le cagioni di un precario proprio od improprio. Insomma una prova negativa impossibile a fornirsi nella maggior parte dei casi. La legge viene in suo soccorso e suppone essa con un giudizio sovrano ed universale, che alla materiale detenzione vada unita la volontà di godere per sè stesso ed a titolo di proprietà.

Adunque la presunzione non ha il suo fondamento in una probabilità desunta da ciò che generalmente si verifica, perchè al contrario l'esperienza insegna che i detentori precarii (inquilini, affittuarii, usufruttuarii, coloni ecc.) sono in numero se non maggiore, certamente uguale a quello dei possessori. Non l'ha neppure nella necessità di attribuire al possesso un fondamento legale, perchè sia da tutti rispettato (4), poichè a tal uopo provvede l'*actio spolii*, la quale si accontenta di un possesso, *qualunque esso sia*, estraneo del

(1) *Prescr.*, n. 372.
(2) Tom. XI, n. 225.
(3) Vedi sopra n. 95.
(4) Ricci, V, n. 62.

tutto a questa presunzione (art. 695 Cod. civ.). L'ha invece nella necessità di dispensare il possessore da una prova nel più gran numero di casi pressochè impossibile, mentre che all'avversario, il quale eccepisce la *precarietà*, è agevole cosa il giustificare la sua eccezione.

143[bis]. — All'avversario, il quale invoca il difetto dell'*animus domini*, l'art. 687 ha fatto salvo il diritto della prova contraria, la quale potrà da lui essere fornita con tutti quei mezzi che la circostanza posta a base dell'eccezione e le particolari relazioni fra i contendenti siano per comportare. Così chi pretendesse che l'attuale possessore abbia detenuto la cosa in suo nome come enfiteuta, non potrebbe provare la sua eccezione per mezzo di testimonianze, perchè l'enfiteusi vuole l'atto scritto *ad solemnitatem*. Ma in tutti gli altri casi, in cui chi allega che il possesso era affetto da precarietà, fu estraneo alla convenzione, potrà sorreggere l'eccezione con qualsiasi mezzo di prova, poichè in suo confronto la circostanza, che ha attribuito al possesso la qualità di precario, è un fatto semplice e materiale.

144. — La legge, come è venuta in soccorso del detentore presumendo l'*animus domini*, così nel caso in cui sia certo che il possesso è cominciato in altrui nome, soccorre all'avversario, esimendolo dal provare, che il precario non sia poscia cessato. Di vero dispone il capoverso dell'art. 687 Cod. civ.: " Quando siasi cominciato a possedere in nome altrui, si presume che il possesso sia continuato allo stesso titolo, qualora non siavi prova in contrario ". Questo disposto canonizza l'antico brocardo: *Ad primordium tituli posterior semper refertur eventus*. Cominciatosi a possedere con un dato titolo e massimamente a nome altrui, si suppone che il possesso sia sempre continuato allo stesso titolo. Nè la presunzione è limitata a colui che cominciò a possedere, ma si estende ai suoi successori a titolo universale, sebbene ignari del fatto, donde prese inizio il possesso, perchè, come insegnava già la Romana Giurisprudenza (1), il titolo del possesso si trasferisce per virtù di legge nei successori universali, nè la loro ignoranza dissipa i vizi, onde esso è travagliato.

La presunzione sancita dal cap. dell'art. 687 limita l'estensione di quella contenuta nel primo comma, vale a dire che si reputano possedere per sè e a titolo di proprietà tutti quelli che attualmente

(1) Fr. 11, D. *de div. temp. praescr.*, 44, 3.

detengono la cosa, meno quelli che cominciarono a possedere in altrui nome.

A mio avviso, la seconda presunzione è il rovescio della prima e discende dalle stesse cagioni. Chi cominciò a possedere per sè, è dispensato dalla prova di avere sempre continuato a possedere nello stesso modo, poichè gli sarebbe impossibile di dimostrare che nulla è accaduto nel lungo volgere degli anni, che abbia privato il possesso delle sue qualità sostanziali, laddove al suo avversario riuscirà sempre agevole di addurre e provare quel solo fatto, che spogliò il possessore dell'*animus domini*. Parimenti giova all'avversario la contraria presunzione, che il possesso cominciato precario tale siasi conservato, poichè a lui sarebbe impossibile di provare che in tutto il suo corso il possesso non abbia mutato titolo, mentre lieve cosa sarà al possessore di fornire la prova del contrario (1).

144bis. — Il possesso cominciato precario può nel volgere degli anni aver mutato natura per virtù d'interversione o di nuovi rapporti giuridici, dai quali abbia ricevuto l'attitudine a servir di fondamento all'usucapione ed all'azione possessoria. Giustamente quindi questo disposto ha fatto salva all'interessato la prova del contrario.

145. — Le presunzioni stabilite dall'art. 687 Cod. civ. dispensano il possessore dalla prova dell'*animus domini*, e pongono come accertata la permanenza del titolo primordiale del possesso.

Le altre, che stiamo ora per esaminare, lo dispensano dalla dimostrazione che il possesso sia stato continuo e non interrotto durante la sua esistenza. — Dispone l'art. 691 Cod. civ.: " Il possessore attuale che provi di aver posseduto in un tempo più remoto, si presumerà che abbia posseduto anche nel tempo intermedio, salva la prova del contrario ".

La presunzione consegnata in questo articolo ha un intuitivo fondamento di ragione. Chi prova di aver posseduto in un tempo più remoto e di possedere attualmente, ha posto i due capi saldi. La massima probabilità è appunto che egli abbia posseduto in tutto

(1) Nella ipotesi della esistenza di parecchi titoli la dottrina antica affermava doversi presumere che il possesso fosse stato esercitato piuttosto in virtù di quel titolo, che valeva a stabilire un possesso *animo domini*, che non in virtù degli altri. Questa presunzione non è più stata accolta nei Codici moderni; ed a giusta ragione, perchè spetta al possessore di giustificare l'acquisto del possesso, e di dimostrare in virtù di qual titolo ha posseduto. Vedi contra Baudry Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 271.

il tempo intermedio, il quale deve conseguentemente senz'altra giustificazione computarsi intanto a suo vantaggio. Di fatto chi prova di essere partito da un dato punto ed è giunto ad un altro, deve necessariamente aver percorso la via che li unisce. Ciò che si verifica nello spazio, si verifica pure nel tempo.

Colla ragion logica concorre quella giuridica, poichè la discontinuità e l'interruzione sono due vizi del possesso, i quali è conforme ai principii siano giustificati dall'avversario che li allega sotto forma di eccezione. Aggiungasi anche in questo caso che facile è la prova della sua eccezione all'avversario, al quale basta di stabilire un solo fatto di discontinuità e d'interruzione, mentre impossibile riuscirebbe al possessore di fornire la prova diretta che il suo possesso è stato continuo per tutti i momenti del suo corso.

145*bis*. — Gli elementi di questa presunzione sono due: 1° possesso antico; 2° possesso attuale.

Si è disputato quanto tempo debba provare di aver posseduto in antico chi invoca la presunzione. A me pare che il possessore debba soltanto dar la prova di aver acquistato il possesso in un tempo remoto, perchè l'art. 691 Cod. civ. esige questo solo, che il possessore dimostri di aver acquistato il possesso in un'epoca antica. Penso quindi che la presunzione procede anche in favore di colui *qui momento possedit*. Indarno si oppone che non basta un solo atto di possesso e che all'opposto tanti ne occorrono quanti valessero a metter sull'avviso gl'interessati. L'obbietto è del tutto vano; poichè l'art. 691 non ha già per iscopo di francare il possesso dal requisito della continuità, sibbene il possessore dall'onere di giustificarla. È sempre aperta la via all'avversario di provare che in realtà è mancato il possesso intermedio. Ed è ancora da rilevare che la esigenza della prova di una più lunga durata del possesso antico sovverte tutto il disposto. Ogni momento posteriore all'acquisto cade già nell'orbita entro la quale opera la presunzione; esso appartiene già al tempo intermedio, in cui il possesso è presunto dalla legge (1).

Il Laurent, insegna che la determinazione del possesso antico costituisce una pura indagine di fatto in tutto rimessa all'arbitrio del Giudice (2). Io ritengo necessaria una distinzione. Sta bene che la determinazione del possesso antico costituisca un'indagine di fatto, ma in questo senso: che è un puro apprezzamento quello del Giu-

(1) *Idem*, Ricci, V, n. 65.
(2) *Principes*, XXXII, n. 337. *Idem*, Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 246.

dice che ricerca se nel tempo remoto siano stati o no compiuti dal possessore attuale o dai suoi autori gli atti di possesso. In ciò havvi esclusivamente una valutazione delle prove *hinc inde* fornite e delle risultanze processuali. Ma se egli si lascia trar fuori della diritta via segnata dai principii di legge, il suo apprezzamento informato da erronei criterii è soggetto a censura. Di vero il responso del Giudice è insindacabile solo quando accerta i fatti e ne stabilisce il vero significato e valore, non quando ai fatti già assodati applica la congrua massima di diritto, o quando da essi deriva le conseguenze di legge. È adunque un'indagine e una decisione di fatto insindacabile quella, con cui il Giudice apprezza i fatti, donde la parte interessata intende desumere la prova del suo possesso antico; è pronunzia di diritto, soggetta a censura ed annullamento, quella con cui egli dichiara che tali fatti sono o non sufficiente sostrato alla presunzione.

Il secondo elemento è il possesso attuale. Ed anche qui si affaccia lo stesso quesito; che cosa è possesso attuale? Il più delle volte non sarà luogo neppure al dubbio, perchè il convenuto è quasi sempre il possessore, la cui attuale detenzione non solo non è contestata dall'avversario, ma è al contrario da lui proclamata come causa della sua azione. Il dubbio può tuttavia presentarsi in tutti quei casi in cui è attore colui, che invoca la presunzione. Pongasi un legittimo possessore, il quale domandi la manutenzione. Mi sembra che egli dovrà provare che possedeva al momento, in cui fu commessa la turbativa. Oppure si ponga un possessore, che ha usucapito ed agisce colla rivendicatoria. Anche egli dovrà provare che possedeva al momento in cui il fondo usucapito venne dal convenuto usurpato. In questi casi il concetto del possesso attuale deve riferirsi non al momento della contestazione della lite, ma a quello in cui venne compiuto il fatto lesivo del *jus possessionis*.

145[ter]. — La presunzione ammette la prova contraria. Essa consisterà naturalmente nella giustificazione di uno di quei fatti che rendono discontinuo ed interrotto il possesso, e potrà essere fornita con qualunque mezzo. Si accoglieranno quindi le testimonianze ed anche le presunzioni semplici, e si prenderanno in esame i titoli ed i documenti, quand'anche estranei a colui che intende provare, purchè capaci di fornire qualche indizio o congettura.

146. — Gli scrittori francesi avevano vivamente disputato se il possesso attuale faccia o no presumere l'antico; e la maggior parte aveva abbracciata l'opinione affermativa, purchè il possesso

attuale fosse accompagnato da un titolo antico (1). Il Codice italiano accolse quest'opinione, elevandola a presunzione legale nell'art. 692: " Il possesso attuale non fa presumere l'antico, salvo che il possessore abbia un titolo, nel qual caso si presume aver egli posseduto dalla data del suo titolo, se non è provato il contrario ".

La genesi di questo articolo, diretto a troncare i dubbi e le controversie, ne spiega e giustifica la forma strana e contorta, la quale con ogni possibile energia limita la presunzione al solo caso in cui l'esistenza di un titolo formale e colorante il possesso (contratto, testamento, sentenza) sia certa e dimostrata. Anzi, a fil di logica, non è pur esatto il dire che in questa ipotesi il possesso attuale fa presumere l'antico, perchè al contrario la presunzione ha la sua radice nella verisimiglianza che il titolo non sia rimasto ozioso ed improduttivo di effetti.

Il possessore attuale, che produce il documento comprovante avere egli od i suoi autori acquistato il possesso in un'epoca antica, presumesi avere posseduto dal momento dell'acquisto fino al presente. Spetterà all'avversario di provare, e potrà ciò fare con ogni mezzo, che il possesso non è cominciato che posteriormente.

La presunzione stabilita dall'art. 692 Cod. civ. forma un'ampliazione ed un complemento di quella portata dal precedente 691. In generale il possesso attuale non fa ritenere l'antico, e chi invoca il disposto dell'art. 691, deve provarne i due estremi, possesso attuale e possesso antico, tranne il caso, in cui il possesso sia suffragato da un titolo di data antica, dalla quale si reputa aver cominciato e continuato fino al presente. Così i disposti degli articoli 691 e 692 Cod. civ. formano un sistema logico e completo.

146bis. — Si è domandato se il possesso antico faccia presumere l'attuale. Il dubbio era stato sollevato dai Pratici Medio-Evali, i quali propendevano a dispensare il possessore dall'onere della prova del possesso attuale, purchè *allegasse* di possedere (2). Ma il dubbio non ha ormai più ragion d'essere. La legge non ha accettata simile presunzione, e la dottrina è concorde nell'esigere la prova diretta del possesso attuale. E giustamente, perchè il possesso attuale è un fatto visibile, semplice, facile a provarsi, di guisa che non vi sarebbe alcun plausibile motivo di favorire il possessore supplendo alla prova con una presunzione legale.

147. — Passammo così in rassegna le varie presunzioni legali

---

(1) Laurent, XXXII, n. 340; Troplong, *Prescr.*, n. 424.
(2) Vedi Dunod citato da Laurent, n. 339.

intorno alla prova del possesso. Riassumendole, come in un quadro, esse sono le seguenti:

1° Si presume che il fatto della detenzione sia un'estrinsecazione ed una conseguenza del possesso *animo domini*.

2° Ogni possesso si presume continuato sempre a quel titolo, da cui ebbe inizio.

3° Il possesso si presume avere continuato dal giorno, in cui si prova aver avuto inizio, fino a quello della contestazione giudiziale od almeno fino a quello in cui venne offeso o violato.

4° Ed anzi concorrendo possesso attuale e titolo antico si presume che la data dell'acquisto del possesso sia quella del titolo, in base al quale si possiede.

147 *bis*. — All'infuori di queste presunzioni impera il Diritto comune, in conformità del quale la prova deve essere data da colui che pone il possesso a fondamento di una sua azione od eccezione.

Fra i mezzi di prova primeggierà, e sarà anzi nell'immensa maggioranza dei casi la sola possibile, la testimoniale, che sarà sempre la sola prova diretta (1). I documenti, gli atti, i contratti potranno con non lieve profitto prodursi e consultarsi per attingerne indizii o presunzioni intorno al fatto ed alle qualità del possesso.

All'avversario è completamente libera la prova dell'inesistenza del possesso formale, od almeno di quelle qualità, che lo rendono legittimo. Qualunque mezzo di prova potrà a tal'uopo essere usato. Nè posso convenire nell'opinione del Laurent (2), che, trattandosi di provare un'interruzione civile, sia necessario di presentare il documento autentico e notificato dall'ufficiale pubblico a ciò destinato, perchè l'avversario non vuol già provare la notificazione della domanda al possessore, ma *il fatto semplice*, giustificabile con ogni mezzo di prova, dell'interruzione del possesso. La piena libertà della prova è poi scevra di dubbio, se l'avversario fu estraneo alla domanda giudiziale, che interruppe il possesso.

---

(1) Vedi C. C. Roma, 7 agosto 1879, *Legge*, 1880, 1, 264.
(2) Laurent, XXXII, n. 343.

CAPITOLO IX.

Il tempo.

SEZIONE I.

La misura del tempo.

SOMMARIO: 148. *Il computo giuridico del tempo si fa colle norme stabilite dalla scienza astronomica.* — 149. *Computazione naturale e computazione civile.* — 150. *Il Codice civile ha adottato la computazione civile (art. 2133 Cod. civ.).* — 151. *L'ultimo giorno del termine dev'essere compiuto (art. 2134 Cod. civ.).* — 152. *Il primo momento del termine è la mezzanotte successiva al giorno in cui il possesso è cominciato.*

148. — L'usucapione altro non è che il possesso durato colle qualità volute dalla legge per tutto il tempo da questa prefisso. Non lieve importanza assume conseguentemente il computo del tempo, le cui norme scendiamo ora ad esaminare.

Ma questa disamina starà lontana da qualsiasi disputa scientifica intorno alla computazione del tempo. Ogni scienza ha un suo campo d'azione circoscritto dallo scopo cui tende, ed accetta dalle altre scienze quegli assiomi e quei postulati, di cui abbisogna, ma li accetta quali sono, e senza discuterli. Così la scienza giuridica riceve dall'astronomica le massime già stabilite intorno alla generica determinazione del tempo. Il Calendario Gregoriano attualmente usato dai popoli civili serve alle operazioni giuridiche nella stessa guisa che a tutte le altre della vita sociale.

Calcoliamo quindi l'anno di 365 giorni, non avuto riguardo della frazione di giorno, come non lo si ha in ogni altro rapporto sociale. Le varie frazioni, com'è noto, si conglobano poi nell'anno bisestile, che ha 366 giorni e ricorre a periodi determinati.

Il giorno è il tempo che impiega la terra a ruotare intorno a sè stessa, ed a sua volta si divide in 24 ore tutte di uguale durata, che si contano progressivamente da una mezzanotte ad un'altra. Il modo, che oggidì si usa per calcolare le ore, è differente da quello usato dai Romani, i quali dividevano il dì, spazio tra il levare ed il tramontare del sole, in dodici parti uguali, ed in altrettante la

notte, spazio compreso tra i due momenti opposti, e giungevano così ad avere ore d'inuguale lunghezza nelle diverse stagioni.

Il mese è una divisione intermedia tra il giorno e l'anno. Nell'anno hannovene dodici di disuguale durata, dal mese di febbraio, che ha 28 giorni negli anni ordinarii e 29 nei bisestili, ai mesi che ne hanno 31. Questa differente lunghezza di mesi, non ha alcuna importanza per le prescrizioni acquisitive ammesse dalla imperante legislazione, poichè nessuna di esse si computa a mesi (1).

La settimana è un complesso di sette giorni, e quantunque non manchi di qualche importanza nelle ordinarie operazioni della vita (*paga ai manovali*, *agli operai*), tuttavia è assolutamente indifferente al computo del tempo nei rispetti giuridici.

149. — Si tratta ora di vedere come queste norme d'ordine generale si applichino al computo della durata del possesso occorrente per completare la prescrizione acquisitiva. Si affacciano due diverse maniere di computo: l'una di considerare come compiuta la durata, quando giunge il momento, il quale corrisponde esattamente a quello, in cui è incominciato il legittimo possesso. Questa sarebbe la computazione più giusta, perchè ci fornirebbe la misura precisa, senza favorire o pregiudicare alcuno. Essa si chiama *computazione naturale*; e *termine matematico* il suo punto estremo. Base della computazione naturale è il *dies mobilis*, che è uno spazio di 24 ore precise a partire da un momento qualunque del giorno. Ad esempio: il possesso è incominciato alle ore tre pomeridiane di quest'oggi, il primo giorno mobile si compirà coll'ultimo momento anteriore alle ore tre di domani. Sono palesi le difficoltà sempre gravissime, quasi sempre insormontabili, che si oppongono all'attuarsi di un metodo siffatto. Quando mai sarà possibile di stabilire con precisione il momento in cui il possesso fu acquistato, ed ebbe così principio l'usucapione? Ed anche quando possibile, chi non vede le indagini lunghe, difficili, ed incerte, che richiederebbe la determinazione di quel momento? Un lieve errore produrrebbe un danno irreparabile all'una od all'altra parte. La computazione naturale fu quindi abbandonata tanto dall'antico Diritto, quanto dal moderno. Per l'antico ce ne fa fede Ulpiano: " In usucapionibus non *a momento ad momentum*, sed totum postremum diem computamus " (2). Il Codice poi ha *disertis verbis* proscritto non solo il sistema del computo *ad momenta*, ma anche quello *ad ore*.

(1) Vedi *Prescr. Est.* n. 143.
(2) Fr. 6, D. *de usucap.*, 41, 3.

L'altra maniera, che si chiama computazione civile, consiste in una riduzione artificiale della durata del possesso ad una norma positiva adatta a tutti i casi. Si suppone cioè che il primo atto di possesso, in qualunque istante del giorno compiuto, siasi sempre verificato o nell'inizio o nel fine del giorno, e s'imputa così, o a vantaggio del possessore tutta la parte precedente allo acquisto del possesso, od a vantaggio del proprietario tutta la susseguente. Di necessità questa maniera di computo richiede a sua base il *dies civilis*, il quale è lo spazio invariabile di tempo decorrente tra una mezzanotte e l'altra immediatamente successiva. In questo sistema la mezzanotte è sempre il punto di partenza di ogni usucapione (1).

La computazione civile ha due punti estremi determinati *a priori*, che sono la mezzanotte del primo giorno, e la mezzanotte dell'ultimo. Essa fu adottata dal nostro Codice il quale stabilisce che la prescrizione si computa a giorni interi (1).

150. — Queste nozioni intorno al modo giuridico di calcolare il tempo chiariscono il sistema del nostro Codice, il quale è consegnato negli art. 2133 e 2134. Il primo di essi così suona: " La prescrizione si computa a giorni interi e non ad ore „. Anche pel nostro Codice il giorno intero non è quello mobile, cioè uno spazio di 24 ore a partire da un momento qualunque, ma quello civile, comprendente lo spazio tra una mezzanotte ed un'altra. Ciò, se non è detto espressamente dall'art. 2133, è però implicito, perchè altrimenti si violerebbe il precetto di computare la prescrizione a giorni interi, e si calcolerebbe invece il tempo ad ore.

A prima vista presenta una difficoltà il giorno intercalare del-

---

(1) Quale dei due modi di computare il primo giorno civile fosse preferito dalle Leggi Romane non è ben certo: ma autorevoli Interpreti pensano che fosse osservata la seguente regola: Colui, a cui lo scadere di un termine conferisce un diritto, può esercitarlo non appena cominciato l'ultimo giorno. In questa ipotesi, *dies coeptus pro completo habetur.* E così si considera già compiuta l'usucapione, non appena è incominciato l'ultimo giorno del termine. Colui invece, a cui lo scadere del termine toglie un diritto, lo può esercitare fino a che l'ultimo giorno non sia completamente spirato. In tale condizione si trovano le prescrizioni delle azioni ed i termini di procedura, pei quali venne adottato il noto broccardo: *dies a quo non computatur in termino.* Vedi in senso diverso WINDSCHEID, 1, § 103.

(2) Vuolsi però osservare che il computo *a momenti* e *ad ore* non è interamente sbandito dalla Legislazione italiana. E senza entrare nell'ardua questione se *ad ore* debbasi misurare il tempo necessario a dar vita alla presunzione della paternità, è certo che le leggi di procedura penale impongono in alcuni casi il calcolo *ad ore.*

l'anno bisestile. Si noti che avendosi nel sistema del Codice italiano riguardo alla data, il fatto che nell'anno bisestile il mese di febbraio ha un giorno di più non può influire sul calcolo. Di vero, poichè non si considera che l'ultimo giorno del termine, poco importerà che questo cada in un anno bisestile. La difficoltà può presentarsi in questa ipotesi. Il possesso è incominciato il 29 febbraio di un anno bisestile; ma l'anno in cui la prescrizione acquisitiva si compie non è bisesto, ed il calendario non segna quindi il 29 febbraio. Che si dovrà fare in questo caso? Anticipare il termine dell'usucapione portandolo al 28 febbraio, ovvero posticiparlo fino allo spirare del 1° marzo susseguente? A me pare sufficiente il trascorso dell'ultimo dì del febbraio, perchè in realtà a quel momento l'ultimo anno ha già completata la serie dei 365 giorni, che ordinariamente lo compongono; e se è giusto richiedere che l'usucapione abbia compiuto il giorno 366° quando cade in un anno bisestile, non così al contrario quando l'anno non è tale ed ha soli 365 giorni.

151. — L'art. 2134 Cod. civ. dispone che la prescrizione si compie allo scadere dell'ultimo giorno del termine. Questo disposto risolve una questione lungamente agitata tra i commentatori del Gius Comune, e la risolve in quella maniera, che vedemmo essere stata dai più autorevoli fra di essi adottata per la prescrizione estintiva.

152. — Resta ancora una difficoltà. La legge, che provvide all'ultimo giorno del termine, non contiene alcuna disposizione espressa a riguardo del primo, se debba cioè computarsi nel termine. Il criterio per sciogliere il nodo ci è dato dal disposto, che vieta il calcolo ad ore. L'usucapiente non può quindi cominciare a calcolare il primo giorno, se non provi che egli ha posseduto tutto quel giorno dal primo istante fino all'ultimo. Segue che le ore del primo giorno per l'incertezza del momento preciso in cui ha acquistato il possesso, non possono computarsi a suo favore (1). Ma ove sia dimostrato che il possesso ebbe principio in un dato giorno, è certo ancora che alla mezzanotte successiva l'usucapiente possedeva di

(1) La osservazione fatta nel testo risponde all'argomento, che a sostegno di una contraria interpretazione, si è voluto ricavare dal silenzio della legge circa il *dies a quo*. Altro argomento a sostegno della combattuta interpretazione si è voluto trovare nell'art. 631 Cod. civ., dove è disposto che "... il possesso utile per la prescrizione si computa dal giorno etc ... ". Ma nell'art. 631 non è detto che quel giorno si debba calcolare; chè anzi la dizione ivi usata pare escluderlo dal computo. Confor. Mirabelli, § 26; Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, I, pag. 1065 e segg.; Contra Chironi, *Ist.*, I, § 77.

già, e quindi è eziandio certo che possedette tutto il giorno seguente. Pertanto il primo momento per lui utile è la mezzanotte del giorno immediatamente successivo, perchè da quel momento comincia a decorrere il primo giorno intiero del possesso (1).

SEZIONE II.

L'accessione dei possessi.

153. — Chi invoca l'usucapione compiuta a sostegno di una sua azione od eccezione, dovrebbe provare di avere esercitato il possesso per tutto il tempo dalla legge definito.

A rigor di diritto il possesso, sebbene abbia una veste giu-

---

(1) Il RICCI (V, n. 219) fa questo caso: Acquisto del possesso il 15 marzo 1849; l'usucapione ordinaria si sarebbe compiuta alla mezzanotte dal 16 al 17 marzo 1879, e tutto il giorno 16 marzo 1879 sarebbe stato utile al proprietario per rivendicare la sua cosa. Ciò è decisamente erroneo. Nel caso deciso dal RICCI la usucapione comincia alla mezzanotte dal 15 al 16 marzo 1849 e finisce alla mezzanotte dal 15 al 16 marzo 1879. Il 16 marzo 1879 non è l'ultimo giorno dell'anno trigesimo, ma il primo dell'anno trigesimo primo.

ridica, pure nella sua sostanza è un *quid facti*, che si estingue non appena cessa il fatto del possessore attuale sia per morte, sia pel trapasso della cosa dalle mani di un possessore a quelle d'un altro. I possessi successivi non si compenetrano l'uno nell'altro in modo da formare un sol tutto, perchè non può comunicarsi dal primo al secondo possessore la volontà di tener la cosa per sè, che è l'elemento informatore, ma eminentemente personale del possesso. In realtà essi restano distinti e separati l'uno dall'altro. Al rigore dei principii derogò la legge civile, introducendo in vantaggio del possessore una specie di trasmissione del possesso, che fu chiamata *accessio possessionis*. Il Diritto Romano ce ne presenta l'esempio più antico nell'interdetto *utrubi*, il quale non si accordava a chi possedeva attualmente, ma a quello dei contendenti che aveva posseduto *nec vi, nec clam, nec precario*, la maggior parte dell'anno precedente all'interdetto, a computare la quale si congiungeva al possesso dei contendenti quello avuto dai loro autori.

E così pure già *ab antiquo* il Diritto Romano aveva largito all'erede la facoltà di unire al suo il possesso del suo autore. E la ragione facilmente si comprende. Di vero la funzione della successione universale a causa di morte, che è quella di trasferire tutto il patrimonio, come complesso di diritti e di obbligazioni, dall'autore nel suo successore, faceva apparire ragionevole la continuazione del possesso, il quale, se non è un diritto trasmessibile per via di successione, è almeno un emolumento di natura patrimoniale. Ripugnava d'altra parte alla più manifesta giustizia, che in forza di un evento necessario, qual'è la morte, si trovasse troncata l'opera di molti anni e ne andassero perduti tutti i frutti, fors'anco prossimi a raccogliersi.

Ma un siffatto motivo non militava pel successore a titolo singolare, il quale non acquista che quella cosa o quel diritto che forma l'oggetto del negozio giuridico conchiuso col suo autore, rimanendo estraneo ad ogni altro rapporto. Inoltre egli non acquista il possesso se non con un atto di apprensione: il suo è un possesso nuovo e distinto. Segue che per l'accessione del possesso, onde furono gratificati i successori *in singulam rem*, è completamente vera la sentenza di Modestino, che *possessionum accessiones consistunt in sola aequitate*. In qual tempo la Romana Giurisprudenza abbia ammesso l'*accessio* anche a pro del successore particolare non è ben stabilito; ma, a prestar fede a Giustiniano (1), sarebbe stata introdotta dagli Imperatori Severo ed Antonino.

---

(1) " Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora divi Severus et Antoninus rescripserunt ". § 13, I, *de usucapionibus*, 2, 6.

La regola dell'accessione dei possessi fece passaggio nel Diritto Consuetudinario, e da questo nei Codici moderni.

154. — L'art. 693 del Cod. civ. dispone: " Il possesso continua di diritto nella persona del successore a titolo universale. — Il possessore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti ".

La legge civile distingue nettamente il successore universale da quello particolare. Il primo continua la personalità del suo autore, anche per quanto ha tratto al possesso. Il principio sancito dalla prima parte dell'art. 693 corrisponde a quello contenuto nell'art. 925. La legge ordina ed eseguisce da sè stessa e nello stesso tempo il passaggio del possesso, perchè la persona dell'erede non è ai suoi occhi che la sequela ed il compimento di quella del defunto. La giuridica finzione della continuata personalità raggiunse il più alto grado, e conseguì gli estremi effetti, facendo reputare non interrotto, non ostante la morte del possessore e l'intervallo che necessariamente deve trascorrere prima che l'erede se ne impadronisca, l'esercizio del potere fisico sulle cose componenti l'asse ereditario.

L'art. 693 Cod. civ. ha radicalmente innovato dal Diritto Romano. Questo estendeva l'*accessio temporis* anche al successore a titolo universale, tant'è che in massima generale esigeva da lui un atto di apprensione, e solo pare che in riguardo dell'erede suo e per quanto al possesso ad *usucapionem* (1), rimettesse dal rigor dei principii. Era un possesso nuovo e distinto anche quello dell'erede che poteva congiungersi per benigno disposto di legge al possesso dell'autore, ma non ne formava una continuazione ed un complemento.

Ben altrimenti procede la cosa nel sistema accolto dal nostro Codice. Il possesso continua nell'erede, di guisa che non si tratta più che di un unico possesso retto dalle stesse norme, che prima lo reggevano, e nessun conto fatto della mutazione della persona fisica del possessore. Segue che persistono i vizii del possesso, senza distinguere gli uni dagli altri, i reali dai personali e quasi-reali, come aveva fatto la scolastica giuridica medio-evale (2); segue che il titolo rimane sempre il medesimo, come espressamente dispone l'articolo 2115 Cod. civ. per la detenzione precaria.

Il successore a titolo particolare non rappresenta la persona del suo autore, e non può quindi neppure per finzione di legge

---

(1) Vedi sopra n. 105.
(2) Vedi infra n. 159.

trasferirsi in lui quella condizione intellettiva e volitiva, la quale costituisce l'elemento giuridico del possesso. Quello anteriore è cessato col venir meno della potestà fisica, che l'autore prima della cessione esercitava sulla cosa posseduta, e comincia con un atto di apprensione voluto anche dai Codici moderni un altro possesso da quello indipendente, con caratteri suoi proprii, i quali possono essere e sono anzi spesso assai diversi da quelli che il precedente aveva, e con effetti quindi assai differenti. All'esattezza dei principii risponde con precisione di eloquio il testo dell'art. 693, che parla di congiunzione di possessi, affermando così in termini espliciti che il trasferimento di una singola cosa dà vita ad un nuovo e distinto possesso, suscettivo di congiungimento con quello che lo precedette.

155. — Dalle discorse ragioni risulta che nel nostro Codice sono due le forme della *accessio temporis*: la continuazione e la congiunzione dei possessi. La prima ristretta al solo erede non abbisogna di regole particolari. La legge gl'impone il possesso delle cose ereditarie, senza bisogno di apprensione, colle identiche qualità e cogli stessi vizii, con cui si trovava presso l'autore al momento della morte. Se questi aveva cominciato a possedere in mala fede, il possesso continua a rimanere di mala fede, sebbene l'erede ignori l'illegittima provenienza della cosa. Se il possesso era tenuto a nome altrui, continua ad essere precario, nè si trasforma in possesso civile solo perchè l'erede ha l'*animus sibi habendi.*

Perchè il possesso continui nella maniera testè delineata, è mestieri che passi nel successore allo stesso titolo col quale si trovava già presso l'autore, e che tra i due successivi possessi vi sia un rapporto di causalità. In altre parole, la continuazione del possesso richiede che la successione ereditaria sia la sola causa per cui l'erede attualmente possiede. È quindi verissima la massima insegnata da Ulpiano (1): " Ex facto propositum est quemdam, cum rem pignori dedisset, eamdem distraxisse, heredemque ejus redemisse; quaeritur an heres adversus pignoris persecutionem exceptione longae possessionis uti possit? Dicebam hunc heredem, qui pignus ab extraneo redemit, posse exceptione uti, quia in extranei locum successit, non in ejus, qui pignori dederat; quemadmodum si ante redemisset, sic deinde heres extitisset ". Nella specie esaminata da Ulpiano l'erede era in possesso della cosa che era stata posseduta dal suo autore, non in forza dell'eredità, ma per un titolo a lui proprio, e poteva quindi valersi della *eccezione del lungo possesso* contro il creditore richiedente il pegno.

(1) Fr. 5, § 1, D. *de div. temp. praescr.*, 44, 3.

Havvi un altro caso, in cui la continuazione del possesso non si verifica, se si accetta la massima affermata dalla giurisprudenza, che la universalità dei mobili capace di possesso giusta l'art. 694 Cod. civ. sia quella che è ridotta ad unità giuridica dalla successione ereditaria (1). Il possesso di questo aggregato di mobili, come universalità, essendo creato dalla successione, non può cominciare che dalla persona dell'erede, perchè l'autore li possedeva come cose singole e separate (2).

156. — La congiunzione dei possessi è retta dalle seguenti norme:

1° Essa è facoltativa. Il cap. dell'art. 693 Cod. civ. *disertis verbis* al possessore conferisce la potestà, non impone l'obbligo di congiungere i possessi. Ciò risponde alla logica del diritto, perchè realmente i possessi sono due, e si uniscono per un benigno temperamento di equità. Ciò risponde infine a quel solenne principio di giustizia, che non bisogna convertire in danno e rovina del beneficato il beneficio largitogli (3). Abbondano invero i casi, in cui è assoluta necessità tenere ben distinti i due possessi, perchè la loro unione recherebbe un irreparabile pregiudizio all'attuale possessore. Il che si avvera ogni qual volta questi ebbe ad acquistare la cosa da un detentore precario, dando così principio ad un possesso legittimo, od è in buona fede e può quindi ricorrere all'usucapione decennale, mentre il suo autore era in mala fede (4).

2° Il nuovo e l'antico possesso debbono essere fra di loro in rapporto di causalità. Questo requisito è presupposto dai limiti del beneficio, pei quali l'attuale possessore non può congiungere al suo che il possesso *del suo autore*.

È necessario chiarire il concetto espresso dalla parola *autore*. Nel linguaggio severo del *Jus Civile*, *auctor* fu usato a designare specialmente il venditore, e in un senso più lato chiunque fosse tenuto a prestare la garanzia di evizione. E questo potrebbe sembrare il significato, in cui è usata la parola autore in quest'articolo,

---

(1) Vedi sopra n. 109*bis*.

(2) C. C. Roma, 30 marzo 1887, *Legge*, 1887, 2, 112.

(3) Fr. 25, D. *de legibus*, 1, 3.

(4) Confor. BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Op. cit., 353. Questi scrittori commettono una manifesta confusione, quando inchiudono nella materia della congiunzione dei possessi anche l'ipotesi della prescrizione già compiuta a favore dell'autore nel momento in cui il possessore attuale faceva l'acquisto. In questa ipotesi l'avente causa invocherà l'usucapione già perfetta al tempo del suo acquisto nella sua funzione processuale di prova della legittimità e della efficacia del medesimo; ma a tutto ciò è completamente estranea la teorica della congiunzione dei possessi.

perchè, se la congiunzione dei possessi giova al successore a titolo particolare, non è men vero che essa giova anche all'autore per liberarlo dall'obbligo della garantia (1). Se non che basta aver presenti la ragione e lo scopo della disposizione per persuadersi che in essa la parola — *autore* — ha un significato molto più ampio, sì da abbracciare tutti quelli, da cui teniamo la cosa ed il diritto per effetto di un negozio giuridico con essi conchiuso, quando anche non siano soggetti all'obbligo dell'evizione. Ed è quanto insegnò il Pothier: " Auctor autem dicitur, is a quo rem acceperis, vel ex ultima illius voluntate, vel ex aliquo negotio, quod cum illo habueris „ (2). Tale è il venditore, il donante, il testatore, che ha fatto un legato, il debitore, che ci ha dato una cosa in pagamento del suo debito ecc.

156bis. — Si è domandato se il legatario, che riceve il possesso dall'erede a tenore dell'art. 863 del Cod. civ., possa congiungere al suo il possesso avuto dall'erede, prima che gli consegnasse la cosa legata. La risposta affermativa non ammette dubbio, perchè, se è vero che autore rispetto al legatario è il *de cujus* e non l'erede, da cui riceve il legato, è pur vero che questi lo consegna, in quanto, come erede universale, si reputa continuare la personalità del suo autore, e quindi per finzione di legge si suppone, che il legatario riceva il legato direttamente dal testatore (3). Del resto la regola, per cui *ope legis* il possesso continua nell'erede, deve produrre il suo effetto anche a favore del legatario.

156ter. — Vuolsi tuttavia osservare che questo rapporto di causalità non esige, che la trasmissione del possesso si compia per effetto di un atto volontario. Anche quando ha luogo per una legale necessità e senza il consenso del precedente possessore, si ammette la congiunzione dei possessi. Questo forzato trasferimento idoneo a dar luogo al beneficio dell'art. 693 Codice civ. si avvera nelle vendite giudiziali per esecuzione forzata, e nelle espropriazioni per utilità pubblica. La ragione, che giustifica l'estensione del

---

(1) Vedi sopra n. 88bis.

(2) Pothier, *Pandette, de Verb. sign.*, n. XXXII.

(3) In questo senso era stato risolto il dubbio dalla Sapienza Romana: " Sed et legatario dandam accessionem ejus temporis, quo fuit apud testatorem, sciendum. An heredis possessio ei accedat videamus. Et puto, sive pure, sive sub conditione fuerit relictum, dicendum esse, id temporis, quo heres possedit ante existentem conditionem, vel restitutionem rei, legatario proficere „ (Fr. 13, § 10, D. *de poss.*, 41, 2). Confor. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 356.

disposto in esame, è quella stessa che legittima tali alienazioni obbligatorie; il consenso dato in precedenza dal debitore per le prime, il generale vantaggio per le seconde. La qual ragione in un colla sua conseguenza era stata accolta dalla Romana Giurisprudenza: " Item si mihi pignori dederis et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere, idque vendiderim, emptori accessio tui temporis dari debebit, licet invito te pignora distracta sint, jam enim illo in tempore, quo contrahebas, videris concessisse venditionem, si pecuniam non intulisses " (1).

157. — Ma il Troplong non si arresta a questo punto, e vorrebbe estendere la massima che non occorre una trasmissione volontaria per la *accessio temporis*, fino a favorire il proprietario, che rivendica la sua cosa da altri ingiustamente posseduta. Un esempio farà chiaro il concetto. Tizio, proprietario spogliato del possesso, entro l'anno agisce in reintegra, e l'ottiene. In questo caso il possesso non si reputa neppure interrotto, come si vedrà a luogo opportuno. Poniamo invece che Tizio lasci passare l'anno, e che solo in seguito rivendichi il suo fondo. In questa ipotesi il possesso è interrotto. Ma poichè il possessore di mala fede restituisce in un colla cosa tutti i frutti, che doveva e poteva percepirne, il Troplong opina che la restituzione tenendo luogo del mancato godimento equivalga all'esercizio del possesso. Ciò non è esatto. Il possesso e la percezione dei frutti sono due cose differenti; tant'è che l'enfiteuta, l'usufruttuario, ed in misura minore l'usuario, percepiscono i frutti ed hanno il godimento del fondo, ma non ne hanno il possesso. Nella specie poi il loro pareggiamento è insostenibile in faccia al chiaro disposto dell'art. 685 Cod. civ. pel quale il possesso è la detenzione della cosa, che taluno ha per sè stesso o per mezzo di altri. Ora puossi egli seriamente sostenere che l'usurpatore nel tempo, che possedette, abbia rappresentato il proprietario? È cosa manifesta, che la rappresentanza non può essere conseguenza che di un disposto di legge, che la imponga nell'interesse di persone incapaci, o di una convenzione liberamente conchiusa. Al contrario l'usurpatore non ricevette dalla legge, nè dalla volontà del proprietario il mandato di rappresentarlo, ma possedette per sè *animo domini* e non coll'intendimento di *praestare ministerium alienae possessioni*. È poi da osservare che la teorica del Troplong riesce alla *duorum in solidum possessio*, poichè si avrebbero due possessi contemporanei, quello dell'usurpatore, che ha effettivamente posse-

(1) Fr. 14, § 5, D. *de div. temp. praescript.*, 44, 3.

duto, e quello del vero proprietario, che in virtù della restituzione dei frutti si finge aver posseduto esso pure; e che la conclusione logica della teorica del Troplong non è già quella di ritenere la *accessio temporis* nel caso da lui discusso, ma piuttosto di considerare il possesso come non mai interrotto in forza della rappresentanza attribuita all'usurpatore; la qual conclusione ripugna ad ogni principio di ragione o di legge.

Il Troplong adduce in sostegno della sua opinione il Fr. 13, §§ 8 e 9, D. *de poss.*, 41, 2, colle correzioni proposte dal Cujacio. La comune lezione così suona: Fr. 13, § 8: " Ex facto quaeritur: si quis manumissus, ex causa peculiari habeat rem, non concesso sibi peculio, deinde dominus velit, retracta possessione, accessione uti, an possit? Et placuit non esse dandam hanc accessionem, quae clam habita est, praedone possidente. § 9: Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit ". Cujacio, fondandosi sui Basilici, staccò dal fine del § 8 l'ultimo inciso — *praedone possidente* — e lo trasportò al principio del seguente § 9, il quale dovrebbe essere così letto: " Praedone possidente, si jussu judicis ", etc. La correzione, oltrechè suggerita dall'autorità dei Basilici, sarebbe imposta dalla consueta efficacia della cosa giudicata, e dalla restituzione da essa ordinata della cosa con tutti i suoi accessorii e con tutte le sue utilità, sì da potersi praticamente ritenere come non avvenuta l'usurpazione intermedia. Che questo sia il valore della restituzione, è cosa certa per molti testi formali: " Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset " (Fr. 75, D. *de V. S.*, 50, 16). " Verbo restitutionis omnis utilitas actoris continetur " (Fr. 81, *eod.*) (1).

A queste ragioni altre possono opporsi di non minor peso. Grave è certamente la presunzione desunta dal testo tramandatoci dai Basilici; ma non è meno grave l'uniformità di tutti i manoscritti del Digesto nel portare l'opposta lezione. Ciò conduce naturalmente a pensare che la comune lezione è la genuina. In secondo luogo la correzione induce una deroga al divieto di congiungere un possesso vizioso ad uno non vizioso, sicchè a sorreggerla si dovette supporre un'eccezione ai principii nel caso di restituzione ordinata dal Giudice. E sia: ma come mai il Giureconsulto Romano così acuto ed attento non se ne sarebbe accorto e non l'avrebbe messa in rilievo? In terzo luogo il passo può comodamente riferirsi ad altri casi, senza bisogno di modificazioni, senza far forza ai prin-

---

(1) Vedi Fadda, *Lezioni di Diritto Romano.*

cipii, senza creare eccezioni che non sono scritte in alcun disposto di legge (1).

Ad ogni modo se il testo, emendato dal Cujacio, potesse fornire un argomento a favore della tesi di Troplong, l'argomento non avrebbe alcun valore in faccia al Codice civile. Il quale ha formalmente statuito, che quando la privazione del possesso è durata più di un anno, il possesso sia da ritenere come interrotto di guisa che il possesso poscia ricuperato è nuovo, distinto dal primo, col quale non si può più congiungere (2).

---

(1) Ingegnosa e suffragata da altri testi è l'interpretazione proposta dal VOET (*ad Pand., de usurpationibus*, 41, 3, n. 18). A suo avviso, il citato § 9 deve intendersi del caso in cui durante la lite la cosa sia stata rimessa ad un sequestratario, senza concessione del possesso. " Tunc enim possessio quoque medii temporis, quo res apud sequestrem fuit, proficiet ei, cui jussu judicis restituitur, quia in sequestrem possessio non transit, nisi ipsa possessio sequestrata sit, ideoque id actum fuerit tali depositione, ut neutrius possessioni id tempus proficiat ". Recentemente un nostro illustre Commentatore, il Prof. Ruggieri, ha proposto un'altra interpretazione. Insegna egli che il passo controverso devesi intendere concepito di ogni caso, in cui colui, che è obbligato a darci una cosa in forza di una precedente convenzione, non lo faccia spontaneamente, ma solo in virtù di una sentenza. Ad esempio, taluno alienò una cosa; poscia si rifiuta di consegnarla all'acquirente, che ne ottiene il possesso per mezzo del giudice. Questi in riassunto i precipui riflessi che si addussero a sostegno dell'una e dell'altra lezione. In così grave controversia mi sia concessa una considerazione, che mi sembra opportuna e calzante. Quand'anche il testo dovesse leggersi, così come lo emenda il Cujacio, non diventa più ragionevole l'opinione del Troplong. Di vero non havvi alcun motivo di restringere la proposizione contenuta nel frammento alla sola *rei vindicatio*, mentre può senz'alcun sforzo riferirsi all'interdetto *de vi et vi armata*, il quale è restitutorio (Fr. 1, § 31 e 41, D. *de vi*, 43, 16; l. 4, C. *unde vi*, 8, 4). La relazione del paragrafo 9 citato (colle modificazioni proposte dal Cujacio) coll'interdetto *recuperandae*, è suffragata dalla massima insegnata dallo stesso Ulpiano nel Fr. 17, *de poss.*, 41, 2: " Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret, cum *Interdicto de vi recuperandae* possessionis facultatem habeat ". Prevedo un obbietto, che facilmente si potrà muovere alla congettura, che io propongo con ogni modestia e senza menomamente pretendere che sia la più esatta. Si dirà che la parola *res* usata dal Giureconsulto è segno che in detto passo il discorso si riferisce alla *rei vindicatio*, e non all'interdetto recuperatorio, in cui ciò che vien restituito non è la *res* in senso tecnico, ma la *possessio*. Rispondo che nulla prova che la parola *res* sia stata ivi usata nel suo significato più rigoroso, e non come in altri luoghi in un senso meno preciso e più lato, in guisa da comprendere anche il possesso. Certo si è che spiegato in questo modo il passo offre un senso chiaro e piano, nulla ha di contorto o di sforzato e non contraddice ai principii.

(2) *Idem*, TARTUFARI, Op. cit., n. 845; LAURENT, n. 365. BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Op. cit., n.[i] 357-363, dopo di aver riferito le diverse opinioni che sopra questa controversia ebbero seguito nella dottrina e nella giurisprudenza francesi, si associano a quella professata dal Marcadè e dal Colmet de Santerre,

158. — 3° Chi pretende alla congiunzione dei possessi, deve avere un possesso attuale. Questo requisito era stato energicamente imposto dai Romani Giureconsulti: " Accessio sine nostro tempore nobis prodesse non potest „ (1). " Accessiones in eorum persona locum habent, qui habent propriam possessionem. Caeterum accessio nemini proficit, nisi ei, qui ipse possidet „ (2).

4° Fra l'attuale possesso ed il precedente non deve essere stata alcuna interruzione. Ad esempio, Cajo stipula con Tizio un

---

secondo la quale devesi ritenere come cessato per la sofferta interruzione l'antico possesso del rivendicante, ma questi avrebbe diritto di computare il suo possesso utile per l'avvenire dal primo giorno del possesso di colui che egli ha evitto; in altri termini potrebbe congiungere al suo nuovo possesso quello dell'usurpatore. Le ragioni addotte nel testo dimostrano che questa opinione è insostenibile anche più dell'altra insegnata dal Troplong. L'usurpatore non può considerarsi come autore del rivendicante. Ma posto che ciò fosse, e che quindi questi potesse congiungere al suo nuovo possesso quello dell'usurpatore, sarebbe poi contraddittorio ritenere come interrotto l'antico possesso, il quale cessò proprio in quel punto in cui comincerebbe il nuovo, di guisa che non vi sarebbe quella privazione durata per più di un anno, che secondo l'art. 2243 Cod. franc., 2124 Cod. it., è necessaria per ritenere interrotta la usucapione.

(1) Fr. ult., D. *de div. temp. praescr.*, 44, 8.

(2) Fr. 18, § 12, *de poss.*, 41, 2. Il Tartufari opina che il Diritto Romano abbia fatto un'eccezione pel caso del precario, che a suo avviso sarebbe scritta nel Fr. 13, § 7, D. *de poss.*, 41, 2, di Ulpiano: " Si is qui precario concessit, accessione velit uti ex persona ejus, cui concessit, an possit, quaeritur. Ego puto eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse; si tamen receperit possessionem, rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur „. Crede il Tartufari che Ulpiano insegnasse che durante il precario il concedente non potesse usare dell'accessione per questo motivo, che il concessionario godeva come di un possesso proprio; ma che, revocato il precario, come potevasi fare in qualunque momento, avesse potestà di unire i possessi. Che Pomponio invece nel Fr. 15, § 4, D. *de precario*, seguisse un'altra opinione, che cioè possedessero contemporaneamente concedente e concessionario: questi *corpore et animo* per sè, e *corpore tantum* pel concedente, il quale a sua volta possedeva *animo tantum*. Che la definizione insegnata da Pomponio prevalse nel moderno Diritto, ove il possessore precario possiede in nome e nell'interesse del proprietario (Op. cit., vol. II, n. 827). Il ragionamento del Tartufari parmi erroneo del tutto. Il responso di Pomponio molto probabilmente è soltanto un'eco della dottrina Sabiniana della compatibilità di due possessi *in solidum*, dei quali uno giusto e l'altro ingiusto (sopra n. 100), laddove quello di Ulpiano, che naturalmente concerne il solo caso in cui al concessionario sia stata trasferita anche la *possessio*, si limita ad enunciare la verità incontrovertibile, che dopo la restituzione del possesso al proprietario s'imputa anche il tempo, durante il quale la cosa fu detenuta dal concessionario (Savigny, *Possesso*, § 11). E giova ancora osservare che insigni Romanisti pensano che il Fr. 13, § 7, non riguardi la usucapione, ma l'interdetto *utrubi*, poi conglobato coll'*uti possidetis*, il quale, come dissi sopra, ammetteva la *accessio temporis*.

contratto di compra, in virtù del quale potrebbe immettersi senza altro nel possesso. Invece ritarda. Frattanto Tizio abbandona la cosa, la quale viene occupata e detenuta per alcun tempo da un altro. In seguito Cajo acquista il possesso, il quale è naturalmente cosa nuova, distinta da quello del venditore, a cui non avrà possibilità di accedere. E penso che non sia necessario che l'interruzione abbia durato un anno, perchè il disposto di legge, che reputa interrotto il possesso, solo quando il possessore ne sia stato privato per più di un anno, concerne il caso di un possesso unico, e non può quindi estendersi all'altro ben diverso di due possessi distinti, dei quali uno è già finito e l'altro non è ancora cominciato.

159. — A queste regole, che a me sembrano le sole, della congiunzione dei possossi, gli Scrittori di Diritto civile sogliono aggiungerne altre che sono superflue, e di cui quindi basterà dare un fuggevole accenno.

Suolsi dire che il possesso vizioso non può congiungersi a quello non vizioso e viceversa. Ciò era già stato sancito dal Diritto Romano: " Praeterea ne vitiosae quidem possessioni ulla potest accedere, sed nec vitiosa ei, quae vitiosa non est „ (1). Se non che, mentre pel Diritto Romano la massima era logica e necessaria, perchè l'acquisto *vi*, *clam*, *aut precario* non toglieva che il possesso avesse un'esistenza legale, pel Diritto moderno essa non ha più ragion d'essere, perchè il possesso vizioso non esiste, e non può quindi unirsi ad altro possesso (2).

S'insegna ancora che i possessi chiamati a congiungersi debbono essere uniformi ed avere lo stesso oggetto. La regola è un corollario del principio aritmetico, che le quantità da sommarsi debbono essere omogenee, e di quello giuridico che fra i due successivi possessori deve intercedere il rapporto da autore a successore. L'usufruttuario, che aliena la cosa, non può trasmettere all'acquirente un possesso che egli non aveva, mentre è cosa evidente, che

---

(1) Fr. 13, § 13, D. *de poss.*, 41, 2.

(2) Riesce quindi completamente oziosa la distinzione dei vizi in reali, quasi reali e personali, su cui avevano versato tanto inchiostro i pratici del Medio Evo. Essi appellavano reali quei vizi, i quali, al pari del furto riguardo alle cose mobili (*res furtivae*) e la violenza riguardo agli immobili (*res vi possessae*), macchiavano il possesso non solo presso il ladro ed il violento usurpatore, ma eziandio presso il terzo non partecipe dell'illegale azione; quasi-reali i vizi dipendenti dal possesso delle cose dei minori, del patrimonio regio, della Chiesa, che impedivano anche al terzo possessore di usucapire contro la persona privilegiata; personali infine quei vizi, i quali come il dolo, la frode, la violenza compulsiva, la clandestinità, non seguivano il possesso presso del terzo acquirente.

soltanto dal dì dell'alienazione comincia un possesso atto ad usucapire la cosa. Ed è infetta da manifesto errore la proposizione del Pacifici-Mazzoni, che almeno limitatamente all'usufrutto si verificherebbe la congiunzione dei possessi. L'acquirente intese di comprare la piena proprietà della cosa, e non il solo usufrutto, ed in verità egli possiede quella, e non solamente questo. Manca uno dei termini della somma, e manca eziandio il rapporto di causalità, perchè l'usufruttuario alienante è autore a riguardo della proprietà, ma non dell'usufrutto.

Del pari trattandosi dell'usucapione decennale, bisogna che i i possessi da unirsi siano tutti di buona fede, perchè essi sono quantità separate l'una dall'altra, e debbono essere omogenee. La verità di questa proposizione, generalmente ammessa, fu impugnata dal Troplong. Egli riconosce, che il Diritto Romano aveva in modo positivo vietato l'unione di due possessi, dei quali uno macchiato da mala fede. " Si eam rem, quam pro emptore usucapiebas, *scienti mihi* alienam esse vendideris, non capiam usu „ (1); ma stima che questa massima, oltre ad essere soverchiamente rigorosa, sia in flagrante contraddizione col principio che la mala fede sopravvenuta non nuoce, perchè egli non vede differenza alcuna tra il caso in cui il possessore di buona fede abbia di poi scoperto l'illegittima provenienza della cosa, e quello in cui al primo possessore altro sia succeduto, il quale sapesse di comprare *a non domino*. Ed opina che la massima sancita dal Diritto Romano sia stata abrogata dal Codice Napoleonico, il quale, autorizzando la congiunzione dei possessi, ha inteso significare, che insieme connessi facciano un tutto indivisibile, come se una sola persona avesse sempre continuato a possedere (2).

L'opinione del Troplong potrebbe trovare qualche appoggio nel testo dell'art. 2235 del Codice Francese, il quale parla confusamente dei successori a titolo particolare e di quelli a titolo universale (3), ma è insostenibile in faccia al chiaro e razionale disposto del nostro art. 693, che distingue nettamente i successori universali da quelli in *rem singulam*, a quelli imponendo la *continuazione* del possesso colle medesime qualità, per questi autorizzando la *congiunzione* dei possessi. Ora poichè non si possono congiungere cose, che non siano separate, è necessario e conseguente, che nella mente del legislatore, così come nella realtà delle cose, i

(1) Fr. 2, § 19, *pro emptore.*

(2) *Prescr.*, n. 432.

(3) Vedi però in senso contrario anche pel Diritto francese Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 351 e autorità ivi citate.

due possessi siano distinti. E se distinti, ciascun possesso ha un inizio proprio, e ciascun inizio dev'essere accompagnato dalla buona fede (1).

160. — È opinione generalmente ricevuta che il possessore attuale è autorizzato ad unire al suo non solo il possesso del suo autore, ma eziandio quello degli autori mediati. Pongasi questo esempio: Tizio, detentore precario, vendette il fondo a Cajo, il quale diede principio ad un possesso legittimo; e dopo alcun tempo trasmise il fondo a Sempronio, e questi a sua volta a Lucio attuale possessore. La massima su riferita significa che l'ultimo possessore può unire al suo i possessi di Sempronio suo autore, e di Cajo autore del suo autore.

L'estensione del beneficio sancita già dal Diritto Romano (2) è equa e razionale, perchè, come Sempronio aveva già il diritto di unire al suo il possesso di Cajo, non v'ha ragione alcuna, per cui non trasmetta questo suo diritto al suo successore. In questa guisa i successivi possessori vengono a formare gli anelli di una catena più o meno lunga, fino a che il ciclo dell'usucapione si trovi compiuto e chiuso.

Perchè l'addizione di tutti i successivi possessi sia possibile, occorre che siano fra di loro in rapporto d'insoluta continuità, vale a dire che tutti i possessori siano, ciascuno in rapporto al suo immediato autore, in quelle condizioni, che furono sopra determinate, conformemente alla regola stabilita dalla Giurisprudenza Romana: " Sed si medius aliquis ex auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio non proderit quia conjuncta non est, sicut nec ei, qui non possedit, auctoris possessio accedere non potest „ (3).

Se non che da taluni si è voluto fare un'eccezione pel caso, in cui, trattandosi di completare l'usucapione decennale, alcuno dei successivi possessori sia stato di mala fede. Per esempio: *Primus* vende a *Secundus*, *Secundus* a *Tertius*, *Tertius* a *Quartus* e *Quartus* a *Quintus* attuale possessore. Naturalmente, se tutti furono di buona fede, *Quintus* potrà cumulare tutti i precedenti possessi per formare il decennio dell'usucapione. Poniamo invece che *Tertius* sia stato di mala fede, ed anzi, a rendere più chiaro l'esempio, determiniamo anche la durata di questi possessi. *Primus* tenne il possesso tre anni, quattro *Secundus*, uno *Tertius*, tre *Quartus*. *Quintus*,

---

(1) *Idem*, Borsari all'art. 693 Cod. civ., n. 1459. Tartufari, Op. cit., n. 839 e segg. Mirabelli, Op. cit., n. 251.

(2) Fr. 15, § 1, D. *de div. temp. praescr.*, 44, 3.

(3) Fr. 15, § 1, D. *de div. temp. praescr.*, 44, 3.

convenuto in rivendicazione dal legittimo proprietario, invoca l'usucapione, perchè rimontando fino a *Primus* suo autore mediato si avrebbero i dieci anni. Ma la mala fede, in cui ha versato *Tertius*, forma ostacolo alla congiunzione dei possessi. Per superarlo *Quintus* replica che si rimuova dal calcolo il possesso di *Tertius*, e si congiungano gli altri, le cui durate unite dànno il decennio. La tesi di *Quintus* è propugnata da valenti Giureconsulti, a capo dei quali sta il Troplong (1) il quale adduce l'argomento stato di già combattuto (2) che basta sia stato di buona fede il primo di questi possessori l'uno all'altro succedutisi, poichè tutti i possessi chiamati a sommarsi in sostanza non fanno che un solo ed indivisibile possesso.

La teorica del Troplong fu tra noi sostenuta dal Borsari e dal Ricci. Il primo (3) ha detto che il proprietario rivendicante non avrebbe motivo alcuno di dolersi, poichè, tòlto di mezzo l'anno inquinato dalla mala fede, restano pur sempre i dieci anni, durante i quali egli poteva agire per rivendicare il suo fondo, e perchè a lui poco importa, se uno solo od invece tre o quattro con uguale coscienza hanno occupato la cosa. L'egregio Autore sorvola sulla questione. Non dalla maggiore o minore potestà di agire, che al contrario è sempre uguale nel proprietario, ma dalle condizioni subbiettive del possessore la legge ha attinto il criterio per ammettere un'usucapione più breve. D'altro lato o il possessore ha il diritto di congiungere i precedenti possessi, scartando quelli che sono macchiati dalla mala fede, ed il proprietario non ha ragione di dolersi, od al contrario il possessore non lo ha, ed il proprietario ha ragione d'impedire l'ingiusta addizione dei possessi.

Gli argomenti del Ricci si riassumono in queste tre proposizioni: 1° il possesso di *Tertius*, benchè scompagnato dalla buona fede, pure fu legittimo, pel che nella serie dei possessi non vi fu alcuna soluzione di continuità; 2° *Primus* e *Secundus* furono anche essi possessori precedenti; 3° Nessun testo di legge espressamente vieta questo congiungimento saltuario (4). Questi argomenti non riescono a persuadermi. Non il primo, perchè nell'ipotesi è necessario che tutti i susseguentisi possessi siano di buona fede: uno di mala fede, che siasi fra di loro intromesso, scioglie la catena dal primo all'ultimo. Non il secondo, perchè la questione non sta già nel vedere se materialmente *Primus* e *Secundus* siano stati possessori precedenti, ma se giuridicamente siano da considerarsi come

(1) *Prescr.*, n. 432.
(2) Vedi sopra n. 159.
(3) Comm. all'art. 693 Cod. civ., n. 1458.
(4) Ricci, V, n. 67.

autori mediati di *Quintus*. Ora poichè la mala fede di *Tertius* spezza la serie, i due precedenti possessori non possono e non debbono ritenersi quali suoi autori mediati. Non il terzo, perchè la legge, avendo con frase comprensiva largito al possessore attuale la facoltà di unire al suo il possesso del suo autore senza avere parlato di quelli mediati, a cui il disposto venne esteso *interpretatione Prudentum*, non poteva certamente sanzionare quell'espresso divieto, la cui mancanza s'invoca indarno dal Ricci. Il divieto di un'unione saltuaria colla scelta dei possessi che convengano e col rifiuto di quelli dannosi è proclamato dai principii, il che è sufficiente a respingere l'argomento addotto dal Ricci, ed a ritorcerlo anzi contro la sua tesi (1).

161. — L'unione dei possessi giova soltanto per quel tempo durante il quale l'autore possedette prima di trasmettere i suoi diritti, siccome c'insegna Paolo (2): " Id tempus venditoris prodest emptori, quo antequam venderet, possedit. Nam si postea nactus est possessionem venditor, haec possessio emptori non proficiet „. Nelle *Pandette Giustinianee* del Pothier (3) trovo così esemplificata la regola: " Tu vendesti a me una casa, che possedevi da un mese. Questo tuo possesso si unisce al mio, perchè mi hai ceduto tutto il diritto che tu avevi sopra la casa, e per conseguenza anche il diritto dipendente da detto possesso. Ma se io dopo due mesi perdo il possesso della casa, e tu l'acquisti, se in seguito io lo riacquisti, il tuo secondo possesso non si ricongiunge al mio „. La regola così determinata mi sembra consona ai principii ed al sistema del nostro Diritto attuale, poichè è un corollario del rapporto di causalità tra i possessi che si debbono unire. Necessariamente la regola deve contemperarsi e conciliarsi cogli altri disposti di legge, i quali stabiliscono che il possesso si considera interrotto soltanto allora che la privazione sia durata più di un anno. Pertanto l'esempio proposto dal Pothier deve essere limitato al caso, in cui l'acquirente abbia tardato più di un anno a riacquistare il possesso; al contrario, se egli entro l'anno ha agito per ricuperare la cosa, si reputa non essere avvenuta alcuna interruzione, ed esulano i termini per applicare la *accessio temporis*.

È infine opportuno di rilevare che questa regola non vuol già significare, che appena conchiuso il contratto di alienazione l'acquirente, per poter poi godere del beneficio largito dall'art. 693

---

(1) Confor. VOET, *ad Pand.*, 41, 3, n. 16; MIRABELLI, Op. cit., n. 251.
(2) Fr. 14, D. *de usurp.*, 41, 3.
(3) T. *de usurp.*, n. 49. Ed. Bazzarini, 1835.

Cod. civ., debba immettersi nel possesso della cosa acquistata. Al possessore attuale giova il possesso tenuto dal suo autore fino al momento della tradizione della cosa, sebbene questa sia stata anche di molto tempo posteriore all'alienazione.

162. — Una massima comunemente ricevuta insegna che l'unione dei possessi giova al solo possessore attuale; laddove il possessore precedente non può riunire al suo il possesso del suo successore. La massima è vera senza alcun dubbio, e risponde perfettamente al testo dell'articolo 693 Cod. civ., dove si accorda l'*accessio temporis* a chi attualmente possiede, e non a coloro che gli hanno dato causa. Ma non deve intendersi nel senso, che in nessun caso i precedenti possessori possano invocare il possesso esercitato da colui, che è loro succeduto. Un'intelligenza siffatta sarebbe completamente falsa. Il possesso, da chiunque sia stato esercitato, è un fatto materiale, che può essere allegato da chi crede gli torni proficuo. Nè per invocarlo è necessario di trovarsi in condizioni tali da poter approfittare dell'*accessio temporis*. E così ogni qual volta il possessore precedente invoca il possesso tenuto dal suo successore, non tende in alcun modo a congiungerlo al suo nel senso almeno dell'art. 693 Cod. civ. e ciò per una ragione perentoria, che non ha alcun interesse ad un congiungimento siffatto; ma lo invoca soltanto per convalidare quei rapporti, a cui ha dato origine il suo atto di alienazione, ed al compirsi dei quali egli ha un interesse manifesto per le obbligazioni, che nel contrario caso gli incomberebbero. Di questo vero vedemmo già uno splendido esempio nel fatto del venditore che allega il possesso tenuto dal compratore per liberarsi dall'obbligo della garantia per causa d'evizione (1). Ma il venditore, ben lungi dal pretendere all'unione dei possessi, ha lo scopo di provare che l'acquirente mediante l'*accessio temporis* era divenuto proprietario della cosa, e non poteva quindi più temere l'evizione; ed invoca il possesso del suo successore come *un elemento di fatto* della prova a lui incombente. Altri esempi andremo ora enumerando ed illustrando.

163. — A dubbi e a difficoltà ha dato origine l'ipotesi della espropriazione. Pongasi che l'espropriato possedesse con titolo e buona fede da oltre nove anni; e che l'amministrazione espropriatrice abbia in seguito posseduto per un anno. Compiutisi i dieci anni, insorge l'antico proprietario a richiedere la cosa od il prezzo.

---

(1) Vedi sopra, n. 88[bis].

Che si dirà di una siffatta domanda? Il Laurent (1) ed il Ricci (2) insegnano, che se il prezzo era già stato pagato, l'amministrazione convenuta opporrà l'usucapione decennale, e che nel caso inverso il prezzo sarebbe dovuto all'antico proprietario.

Stimo erronea questa risoluzione del problema, come sarà agevole a dimostrarsi. L'amministrazione convenuta pel pagamento è obbligata ad opporre all'antico proprietario la prescrizione acquisitiva, tanto nel primo, quanto nel secondo caso, perchè nel momento, in cui egli rivendica il prezzo della cosa espropriata, il suo diritto è ormai spento, per essere passato e consolidatosi nell'amministrazione convenuta. Invano obbietta il Laurent, che l'indennità deve essere pagata a colui che era proprietario nel momento dell'espropriazione, e quindi all'antico *dominus*. Di vero l'usucapione compiuta retroagisce (3) tanto nel caso in cui uno solo sia stato il possessore, quanto nell'altro in cui più possessori siansi succeduti, ed in conseguenza proprietario al momento dell'espropriazione era il possessore in via di usucapire e non l'antico *dominus*, che supponesi aver perduto il suo diritto fin dal primo momento dell'usucapione. Invano del pari si obbietterebbe che l'unione dei possessi è facoltativa pel successore *in rem singulam*, e che io la converto in un obbligo; perchè, se tale unione è per lui facoltativa, quando non cade in controversia che il solo suo interesse, è invece obbligatoria, quando il rinunziarvi riesce d'ingiusto danno pel suo autore (4).

La mia opinione ha il suffragio della Romana Sapienza. Giuliano fa il caso di chi abbia donato *mortis causa*, e poscia sia guarito dalla malattia, che esso aveva reputato mortale; e dice, che

---

(1) XXXII, n. 363.

(2) V. n. 69.

(3) Vedi infra n. 257.

(4) Sopra, n. 88[bis]. — Mirabelli, Op. cit., n. 282, pur ammettendo che il possesso avuto dall'espropriante giovi all'espropriato, tuttavia introduce parecchie distinzioni. Se l'espropriazione è stata eseguita in conformità della legge speciale, il prezzo si surroga alla cosa, e per effetto di questa surroga reale, il possesso del prezzo depositato a nome dell'espropriato equivale al possesso dell'immobile. Se la cessione dell'immobile avviene amichevolmente, senza che intervenga il decreto d'espropriazione, si applicano le norme ordinarie della vendita volontaria, giusta le quali il prezzo non è *realmente* surrogato all'immobile; ed in questo caso il possesso tenuto dall'espropriante giova all'espropriato solo sino al momento della conversione effettiva dell'immobile dall'uso privato a quello pubblico. A queste distinzioni non posso assentire. Lo Stato, la Provincia, il Comune, come altrove ho dimostrato, hanno la proprietà delle cose destinate ai rispettivi usi pubblici; ne hanno quindi il possesso; e questo loro possesso giova ai loro autori.

sebbene la cosa donata fosse d'altrui spettanza, pure l'antico padrone non potrà rivendicarla, se nel frattempo fu usucapita: " Si alienam rem mortis causa donavero, eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego si convaluero " (1). E la ragione per cui la *condictio* si concede non all'antico proprietario, ma al donante ci è detta da Paolo: " Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videtur cepisse cujus res fuisset, sed ab eo qui occasionem usucapiendi praestitisset " (2).

163[bis]. — Un altro caso che ha dato luogo a dubbi è quello della redibizione. I Giureconsulti antichi avevano accordato al venditore l'accessione del tempo durante il quale aveva posseduto il compratore (3).

Troplong (4) ha pensato che il compratore tenuto a restituire al venditore la cosa — *cum omni causa* — coi frutti, cioè, e con ogni utilità deve necessariamente trasmettere a questo il possesso da lui esercitato nell'intervallo tra l'acquisto e la redibizione. Ma questo, piuttosto che la ragione, è lo scopo del benigno disposto di legge.

---

(1) Fr. 13, D. *de mortis caus. don.*, 39, 6.

(2) Fr. 33, D. *de m. c. d. Idem*, Fr. 15, § 1, D. *de condict. indeb.*, 12, 6. Ed il VOET *ad Pand. de usurp.*, 41, 3, n. ult., così si esprime: " Plane, qui tamquam creditor ab alio, tamquam debitore, accepit rem alienam, cum nihil esset debitum, impleta jam per triennium, decennium, aut vicennium usucapione rei solutae, non eo minus per integros triginta annos, a tempore indebiti soluti numerandos, indebiti condictione conveniri potest, *sic ut usucapio* non tam *accipienti* proficiat, *quam* potius *ipsi indebitum solventi*, quippe qui per suam solutionem accipienti dederit usucapiendi occasionem ". E nello stesso senso *ad Pand.*, *de condictione indebiti*, n. 12.

(3) " Praeterea quaeritur, dice Ulpiano (Fr. 13, § 2, D. *de poss.*, 41, 2), si quis possessionem redhibuerit, an accessione uti possit ex persona ejus. Et sunt qui putent non posse, quia venditionis est resolutio redhibitio, alii emptorem venditoris accessione usurum, et venditorem emptoris, quod magis probandum est ". Un altro responso ci dice la ragione, per cui al venditore si accorda la *accessio temporis:* " Redhibitio revenditioni et redemptioni similis est " (Fr. 6, § 1, D. *de div. temp. praescr.*, 44, 3). Il concetto espresso da questo frammento viene così illustrato dal Cujacio (in lib. 44, Digest. S. JULIANI ad l. 7, § 4. *de usurp.* Ed. Pratense, Tom. 4°, col. 1073): " Redhibetur venditori, fateor, sed per redhibitionem fit quodammodo emptor, reddito pretio, quod acceperat, emptori " e dal Voet (*ad Pand. de except. rei jud.*, 44, 2, n. 5 in fine): " Sed et si venditor seu auctor rem deinde ab emptore receperit vel propter legem commissoriam, vel propter redhibitionem ex morbi vitiive causa, exceptio rei judicatae emptori quaesita auctori proficiet, quia tunc emptor quodammodo auctoris sui auctor intelligitur, et perinde habetur, ac si retrorsus rem, quam emerat, auctori suo de novo vendidisset ".

(4) *Prescr.*, n. 445.

La ragione vera è quella dettaci dagli antichi Giureconsulti, che la redibizione è una specie di retro vendita, per virtù della quale il compratore si considera come autore del venditore, *quodammodo auctoris sui auctor intelligitur*.

163[ter]. — Le discorse ragioni convengono perfettamente anche allo scioglimento dell'alienazione pel verificarsi di una condizione risolutiva.

Questa ampliazione del concetto era già stata ammessa dai Giureconsulti Romani, ai quali era parso che il motivo di questa *accessio temporis* consistesse in una specie di retro-cessione, in virtù della quale l'acquirente diventava quasi l'autore dell'alienante (1). Alcuni moderni scrittori hanno invece pensato, che la causa del beneficio concesso al venditore reintegrato nel possesso della cosa alienata consista in questo: che la condizione risolutiva verificata rimette le cose nello stato antico; pel che si reputa che il possesso sia stato continuo, ed esercitato dal compratore a nome dell'alienante. Simile idea è contraria alla realtà delle cose ed alla logica giuridica, perchè il compratore fu un legittimo possessore, e non un rappresentante del venditore. La verità è quella, che acutamente rilevarono i Sapienti Romani, che cioè per effetto della risoluzione il compratore restituisce e cede il possesso al venditore, e compie così una specie di retrovendita atta a dar vita ai rapporti di autore e successore.

---

(1) Fr. 6, § 1, D. *de div. temp. praescr.*, 44, 3: " Vendidi tibi servum et convenit, ut nisi certa die pecunia soluta esset, inemptus esset. Quod cum evenerit, quaesitum est quid de accessione tui temporis putares. Respondit: Id quod servetur, quum redhibitio sit facta. Hunc enim perinde haberi, ac si retrorsus homo mihi veniisset, ut scilicet si venditor possessionem postea nactus sit; et hoc ipsum tempus et quod venditionem praecesserit, et amplius accessio haec ei detur cum eo, quod apud eum fuit, a quo homo redhibitus sit ". *Idem*, Fr. 19, D. *de usurp.*, 41, 3. Come espressamente insegna il riferito Fr. 6, § 1, in tutti questi casi di risoluzione dell'alienazione l'alienante può computare non solo il possesso intermedio, ma eziandio quello che egli ha avuto prima dell'alienazione. Confor. WINDSCHEID, § 181.

CAPITOLO X.

Cause che impediscono la prescrizione acquisitiva.

SEZIONE UNICA

Il precario proprio ed improprio.

SOMMARIO: 164. *Il disposto dell'artic. 2115 Cod. civ. è una conseguenza di quello dell'art. 2106.* — 165. *Dei detentori precarii espressamente designati dall'articolo 2115. - Conduttore, depositario, usufruttuario. - Osservazioni riguardo al depositario ed al sequestratario giudiziale.* — 165bis. *Clausola generica comprensiva di tutti i detentori precarii nell'art. 2115. - Precario improprio nel sistema del Codice e sua vasta estensione. - Di alcuni fra codesti possessori precarii genericamente indicati nell'artic. 2115: Mandatario, enfiteuta, usuario, colono; marito amministratore della dote; creditore pignoratizio od anticretico; amministratori di patrimonio altrui.* — 166. *Limitazioni del concetto del precario improprio. - Il riconoscimento dell'altrui diritto e l'obbligazione personale di restituire la cosa non equivalgono a detenzione precaria. - L'alienante, che possiede la cosa già alienata, non è un detentore precario.* — 167. *Il possesso provvisorio è un possesso precario nell'ampio significato della parola. - Critica della sentenza 7 luglio 1886, della C. A. Roma.* — 168. *I detentori ed i loro successori a titolo universale non possono usucapire.* — 168bis. *La precarietà è un vizio assoluto; ma la detenzione precaria giova a colui, in cui nome si detiene.* — 169. *Della interversione del titolo (art. 2116 Cod. civ.).* — 170. *I due mezzi d'interversione. 1°* Causa extrinsecus accedens, *vale a dire alienazione della cosa detenuta fatta da un terzo al detentore precario.* — 171. *La causa proveniente dal terzo non ha bisogno di essere accompagnata da opposizioni, o da notificazione del titolo di acquisto.* — 172. *Il nuovo possesso deve essere legittimo.* — 173. *Ma non occorre* la scienza del proprietario. - *Si combatte la contraria opinione del Troplong.* — 174. *Critica di una decisione della C. C. Firenze.* — 175. *2°* Contradictio. *Suoi caratteri.* — 176. *Si compie giudizialmente o stragiudizialmente.* — 177. *La cessazione degli obblighi o della causa non costituisce contraddizione.* — 178. *Forma e prova della contraddizione.* — 179. *Il disposto dell'art. 2116 Cod. civ. è tassativo.* — 180. *I successori a titolo singolare del detentore precario possono usucapire (art. 2117 Cod. civ.).* — 180bis. *La stessa regola vale anche per l'acquisto di diritti reali.* — 181. *Possesso contro il titolo. - Interpretazione dell'art. 2118 Cod. civ. - Rapporti tra l'art. 2118 e il 2116 Cod. civ.* — 182. *Limiti del disposto dell'art. 2118 determinati dalla qualità del vizio del possesso, e da quella della mutazione, che esso ha lo scopo d'impedire.* — 183. *Si esamina la questione se al comunista occorra l'interversione*

del possesso. — 184. *Il capoverso dell'art. 2118 si applica alla sola prescrizione estintiva.* — 185. *Possesso oltre il titolo, e sue norme.* — 186. *Principio generale che riassume tutte le cause impeditive dell'usucapione.*

164. — Il possesso *animo domini* è il principale fattore della usucapione, com'è formalmente disposto dall'art. 2106 del Cod. civ., di cui è un legittimo corollario l'art. 2115, che proibisce a quelli, che possiedono in nome altrui, ed ai loro successori a titolo universale, di prescrivere a proprio favore.

Il divieto assoluto di usucapire sancito dalla legge contro il detentore precario ha eziandio un'alta ragione morale. La legge, se ammise come idonei all'acquisto atti, che nulla hanno in sè di giuridico, che spesso anzi appariscono contrari all'onestà ed alla giustizia, non volle autorizzare la più aperta slealtà, non volle favorire la frode. Il rapporto, che stringe al proprietario colui che lo rappresenta, pone un ostacolo alla volontà di acquistare quella cosa, che è protetta dalla fiducia nascente dall'accordo delle parti.

165. — L'alinea dell'art. 2115 designa espressamente fra i possessori in nome altrui il conduttore, il depositario, e l'usufruttuario.

Riguardo al depositario occorrono alcune considerazioni. Il deposito convenzionale non può avere per oggetto se non cose mobili (art. 1837 Cod. civ.), donde il Laurent (1) deduce che il disposto, il quale vieta al depositario di usucapire, non abbia altro scopo che quello d'impedirgli d'invocare contro il proprietario rivendicante la massima: che quanto ai mobili il possesso val titolo. La opinione del Laurent è una conseguenza della sua idea, che i mobili non possano formar oggetto di usucapione. Ho altrove dimostrato che è verità il contrario (2); dunque la sua opinione non ha base, ma non ha neppur scopo, perchè il depositario non può invocare la massima suddetta in causa della sua evidente mala fede.

Quanto al sequestratario giudiziale giova rilevare che non potrebbe usucapire neppure nel caso che fosse uno dei contendenti, perchè sarebbe pur sempre vero che durante il litigio non possedette a proprio nome (3).

165[bis]. — L'alinea dell'art. 2115 dopo la indicazione dei detentori mentovati nel numero precedente si chiude con questa clausola

(1) XXXII, 300.

(2) Vedi sopra n. 28. La menzione del depositario nell'art. 2115 viene a confermare la tesi da me ivi sostenuta della idoneità dei mobili a formar oggetto di usucapione, poichè altrimenti sarebbe inutile ed incoerente.

(3) C. C. Torino, 17 agosto 1886, *G. T.*, 1886, 615.

generica: " e generalmente coloro che ritengono precariamente la cosa ". Dunque tutti indistintamente i detentori precarii sono nella impossibilità di prescrivere a proprio favore.

È comune insegnamento che questo disposto intende la parola — precario — non nel senso rigoroso e tecnico, che aveva nel Diritto Romano; ma in un significato molto più ampio, sì da comprendervi in genere tutti coloro che detengono la cosa, ma non hanno l'*animus rem sibi habendi* (1). E giova riportare le parole della C. C. Torino, che formano il miglior commento di questa massima: " Nel Diritto Romano il precario era un prestito gratuito, revocabile a volontà di chi lo aveva fatto: *et est simile comodato*, dicea Ulpiano nella leg. 1, D. *de precario*. Nel Diritto moderno ha significato più ampio; sono possessori precarii anche coloro, i quali godono di un diritto anche irrevocabile, che non spoglia assolutamente il proprietario e lascia in lui un diritto, che quelli debbono rispettare, e sotto questo aspetto il precario suppone una proprietà frazionata come nella enfiteusi, nella servitù, ecc. Sono altresì possessori precarii quelli che esercitano un possesso, non come conseguenza di uno smembramento di proprietà, che risiede in altri, ma come espressione di un diritto di proprietà, che risiede in altri, come il depositario, il locatario, ecc. Il precario nel senso della moderna legislazione suppone o una convenzione o un titolo espresso, che forzi a riconoscere l'altrui diritto e non può neppur confondersi colla tolleranza o famigliarità, che suppongono una tacita permissione, ma revocabile " (2).

Fra codesti detentori precarii genericamente accennati dall'art. 2115 trovansi il mandatario, il quale detiene la cosa per effetto del mandato, l'enfiteuta, l'usuario ed il colono.

È pure indubitato che il marito è un semplice detentore dei beni dotali, di cui per espressa disposizione di legge non ha che l'amministrazione ed il godimento (art. 1399 Codice civile).

Il creditore pignoratizio è anch'esso un detentore precario, e non può quindi acquistare la proprietà degli oggetti, che tiene a titolo di pegno, neppur quand'è già stato pagato il debito.

Lo stesso *a fortiori* deve dirsi del creditore anticretico.

Sono pure semplici amministratori e detentori precarii gli im-

---

(1) Ma i primi germi di questa vasta estensione del precario si trovano già posti dalla Romana Giurisprudenza. Paolo (Sent. V, T. VI, § 11) diceva possedere precariamente anche colui, che detiene la cosa per semplice pazienza del proprietario; la l. 2, C. *de praescrip.*, 30, *vel* 40 *ann.*, 7, 39, designa come possesso precario quello del conduttore.

(2) C. C. Torino, 18 giugno 1881, *Legge*, 1881, II, 692.

messi del possesso temporaneo dei beni di un assente (1) (art. 28 Codice civile).

166. — Sebbene il concetto del precario abbia preso nel vigente sistema legislativo proporzioni così ampie, tuttavia ha i suoi limiti nel requisito che il possesso sia stato assunto in nome altrui. È questa la sua caratteristica necessaria, che costituisce il criterio sicuro per distinguere la detenzione precaria da quella che tale non è, e per esattamente interpretare la disposizione dell'art. 2115.

Da questo criterio fondamentale dipendono conseguenze non prive d'importanza pratica. Una è questa: che non si deve pareggiare alla detenzione precaria quella di un possessore, che abbia fatto atto di riconoscimento dell'altrui diritto. Un riconoscimento di tal fatta imprime senza dubbio sul possesso la impronta della mala fede, ma non costituisce ancora il precario, proprio od improprio che esso sia, perchè possesso legittimo e mala fede sono due termini fra di loro compatibilissimi. Perchè il possessore si converta in detentore precario, occorre che egli oltre di riconoscere il diritto del proprietario manifesti eziandio il suo proposito di *praestare ministerium ejus possessioni*. Questo vero ebbe piena conferma dalla C. C. Torino nella citata sentenza 18 giugno 1881: " Quando un terzo possessore piuttosto che invocare la prescrizione riconosce il vero proprietario del fondo e d'altra parte è lasciato tuttavia nel possesso, questo non diventa precario per la ricognizione già fatta, ma s'inizia un nuovo possesso che per la mala fede risultante dalla ricognizione medesima è introduttiva della prescrizione di 30 anni " (2).

Altra conseguenza si è, che l'obbligazione personale di restituire la cosa, da cui il possessore sia astretto, ma che non gli imponga la necessità di detenerla intanto in altrui nome, non lo riduce alla condizione di un detentore precario, e non lo assoggetta

---

(1) TROPLONG, *Prescr.*, n. 491.

(2) A questi principii non pare siasi uniformata la C. A. Casale, 17 aprile 1900, *G. T.*, 1900, 1320, in questa specie: Il deliberamento di certi stabili espropriati per esecuzione forzata portava tra le altre questa condizione: che ove venisse a scoprirsi gravitare sui fondi subastati canoni enfiteutici, altro diritto non sarebbe spettato al deliberatario, se non quello di detrarre dal prezzo il capitale corrispondente al canone. La C. A. Casale ritenne che questo patto desse al deliberatario la qualità di enfiteuta, e lo riducesse alla condizione di possessore in nome altrui, incapace quindi di prescrivere a proprio favore. È evidente l'errore commesso da quella Corte, la quale ha confuso due cose assolutamente diverse; il riconoscimento dell'altrui diritto, che per di più nella specie era stato fatto in forma generica e dubitativa, e l'intendimento di costituirsi possessore per conto altrui.

al divieto di usucapire sancito dall'art. 2115 Cod. civ. Per esempio, ti affido il mandato di comprare a *non domino* un fondo e tu lo eseguisci, ma ne prendi possesso a tuo nome e lo possiedi per tutto il tempo necessario ad usucapire. Sebbene tu sia verso di me tenuto in virtù dell'azione nascente dal mandato, avrai tuttavia acquistato la proprietà del fondo. Ed è questo il testuale insegnamento di Paolo (1): " Si mandavero tibi, ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis ". Fa mestieri di supporre che il mandatario abbia cominciato a possedere in proprio nome. In questa ipotesi i rapporti personali dipendenti dal mandato non possono influire sul possesso, che è un fatto posteriore avente la sua causa nell'acquisto del fondo, e tanto meno imprimere su di esso la qualità di precario.

Non può quindi essere considerato come detentore precario il venditore nel periodo di tempo tra il contratto di vendita e la consegna della cosa all'acquirente neanche quando fosse stato stabilito un termine per la consegna (2). Nel diritto moderno, quantunque la proprietà passi dall'alienante all'acquirente per la sola virtù della convenzione, il possesso non si trasferisce che colla materiale consegna della cosa; ed il venditore fino al momento della consegna conserva il possesso della cosa. Indarno si opporrebbe la fede dovuta al patto; perchè, come disse la C. C. Torino (3), la massima, che niuno può prescrivere contro il proprio titolo, non vieta che l'alienante possa prescrivere la proprietà del fondo da lui venduto, ma da lui dopo la vendita posseduto senza titolo per tutto lo *statutum tempus* (4).

167. — Un'elegante questione, trattata dalla C. A. di Roma, ci conduce ad indagare se debba riguardarsi come precario il possesso esercitato in virtù di un titolo provvisorio. La specie era questa: Il papa nel 1833 chiamava da Genova a Roma le suore di N. S. al monte Calvario e con dispaccio di Segreteria ordinava di passar loro la consegna del Collegio di S. Norberto, mobilio, giardini ed altro ivi esistente pel loro stabilimento da aprirsi in Roma, *fino a*

---

(1) Fr. 13, § 2, D. *de usurp.*, 41, 3.

(2) La eccezione che si vorrebbe introdurre per questa ipotesi non ha fondamento, poichè durante il termine il venditore continua a possedere per sè, tranne il caso di un vero costituto possessorio. Contra BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Op. cit., 306.

(3) Sent. 3 febbraio 1851, BETT. III, 1, 93.

(4) Conf. LAURENT, XXXII, 314. Contra DURANTON, XXI, 243. Vedi anche sopra n. 115.

che non si trovasse un locale più ampio. Questo provvisorio possesso durò invece molti anni, fin quando il legittimo proprietario del Collegio di S. Norberto insorse a rivendicarlo.

Le suore gli opposero la prescrizione acquisitiva; il rivendicante replicò che essa non aveva trovato i suoi termini pel difetto di un legittimo possesso; e quella Corte così ragionò: " Altra cosa è il possesso provvisorio, altra il precario. Possesso provvisorio vale possesso temporaneo, ma non esclude che possa in seguito per lo stesso titolo e come una continuazione di diritti divenire definitivo, quando venga a cessare la ragione della temporaneità, e questa ragione può venire a cessare col solo scorrere degli anni. Ne abbiamo esempi nelle nostre leggi; nel Codice civile agli articoli 26 e segg.; in quello di procedura agli art. 363 e segg. Al contrario il possesso a titolo di precario non può mai divenire definitivo se non immutando il titolo. Quindi se ogni precario può dirsi provvisorio, non ogni provvisorio è precario " (1).

Questi argomenti io non reputo conformi alla ragion giuridica. Certo se il precario avesse serbato nella nostra legislazione il significato tecnico, che ad esso attribuiva l'antico Jus Civile, potrebbe sostenersi che il possesso provvisorio, solo perchè soggetto ad una condizione risolutiva, non equivale a possesso precario. Ma, come si è già detto, nel diritto vigente il precario ha assunto una comprensione così vasta da accogliere qualunque possesso che taluno eserciti non per sè, ma ad altrui nome od anche solo per altrui consenso (2). Cade quindi il primo argomento addotto dalla Corte a giustificazione della sua pronunzia.

Ma lasciando la questione delle parole e volgendoci alla sostanza, è manifesto che tutto il nerbo della controversia stava nel vedere se le suore avessero o no avuto un legittimo possesso. Ben aveva scorto quella Corte che un possesso provvisorio, come quello che include il concetto di una durata definita che cesserà al verificarsi di un determinato evento, non può essere un possesso *ad usucapionem.* Tanto meno poi poteva essere tale nella specie, in cui la condizione risolutiva dipendeva dalla volontà di un terzo. Ma la Corte stimò che il trascorso del tempo possa mutare in definitivo il possesso provvisorio, e che in questo consista appunto il carattere che differenzia il provvisorio dal precario. Ed anche in questa parte mi sembra errato il suo ragionamento. Ove la Corte avesse con maggior cura indagato, se le suore avevano un possesso legittimo, ciò che formava

---

(1) Sent. 7 luglio 1886, *Legge*, 1886, 2, 735.

(2) Sopra n. 165[bis].

il vero tema del contendere, dagli stessi titoli da loro prodotti, i quali stabilivano soltanto una detenzione temporanea e revocabile all'avverarsi di un dato evento, avrebbe dedotto che loro faceva difetto l'*animus domini*, ed avrebbe di loro detto con Ulpiano: *non possident, sed potius custodiunt* (1). La contraddizione non consente di ritenere legittimo possessore chi sa e dichiara di possedere solo momentaneamente, ed ha quindi per sua stessa confessione soltanto la custodia ed il materiale godimento della cosa. E, come la causa dev'essere proporzionata all'effetto, così un possesso provvisorio non può condurre all'acquisto di un diritto, che è di sua natura perpetuo. Nè sta, che il solo trascorrere degli anni elimini il vizio procedente dalla temporaneità del possesso, poichè è dettato antico: *Iniquitas tituli nunquam sanatur* (2). Nè si giustifica la sentenza col dire che un contratto soggetto ad una condizione risolutiva intanto si considera come puro, perchè non tutte le regole dei contratti convengono al possesso. Un contratto è una *res juris* governata dalle norme dettate dal diritto e dalla legge positiva; il possesso invece ha una sostanza di fatto, che non può essere supposta dalla legge, quando realmente non esista; il contratto è un accordo di due volontà; il possesso invece (s'intende quello formale) è un rapporto giuridico che suppone il conflitto di due volontà. Un contratto, benchè risolubile, è intanto perfetto, si può eseguire ed è suscettivo di giuridiche conseguenze come se fosse puro, poichè tale fu la volontà delle parti; per converso un possesso risolubile non può essere legittimo, perchè viziato dalla cognizione di una prossima fine, la quale esclude o rende inefficace la volontà di trattar la cosa da padrone. Il possesso, benchè provvisorio, è legittimo nel solo caso, che siasi acquistato in virtù di un contratto traslativo del dominio e soggetto a condizione risolutiva. Avverandosi questa, cessano tutti gli effetti del contratto, ed anche il possesso; ma nel frattempo il contratto si considera come puro, e l'acquirente, esercitando un diritto suo proprio, ha un possesso legittimo che può generare l'usucapione. Ed è questo l'insegnamento lasciatoci dai Classici Giureconsulti. " Si in diem addictio facta est (id est, nisi quis meliorem conditionem attulerit) perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici, et usucapionem procedere Julianus putabat. Alii et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat „ (3). All'opposto un contratto di diverso genere, che dia bensì potestà di detenere la cosa, ma non sia traslativo del dominio, escludendo

(1) Fr 1, § 19, D. *quod legatorum*, 43, 3.
(2) Richeri. *Un. Jur.*, l. 2, T. V, Sezione II, n. 98.
(3) Fr. 2, § 4, D. *pro emptore*, 41, 4; conforme Fr. 2, § 2 e 5 *eod.*

dall'animo del concessionario la persuasione di esercitare un diritto proprio, non è capace di creare un possesso legittimo (1).

168. — La precarietà ha per suo effetto che i detentori ed i loro successori a titolo universale non possono acquistare mediante prescrizione acquisitiva la cosa detenuta, per quanto lunga sia stata la detenzione. Il disposto di legge non è che la riproduzione della massima già *ab antiquo* insegnata da Papiniano (2), il quale la considerava come un logico corollario della condizione giuridica, che è fatta all'erede dalla *successio in omne jus* del defunto. Di vero l'erede trovasi messo in luogo e vece del suo autore, e, come ritrae ogni possibile vantaggio da questa condizione, così è costretto a soffrire i correlativi pregiudizii ed incomodi, fra i quali questo che il possesso passa in lui cogli stessi attributi che aveva presso il defunto. Negli annali giudiziarii francesi è celebre l'arresto pronunziato alli 21 aprile 1561 dal Parlamento di Parigi, il quale condannava il vescovo di Clermont a restituire quella contea alla regina Caterina de' Medici, sebbene egli ed i suoi predecessori la detenessero da tre secoli, perchè si era riconosciuto che l'avevano avuto in deposito da Guido conte di Clermont, nei cui diritti era succeduta la regina (3). Donde l'antico broccardo, così esatto e così energico: *Melius est non habere titulum, quam habere vitiosum.*

Alcuni scrittori di grandissima autorità hanno censurato la massima sancita dalla Legge civile (4), perchè l'inettitudine della precaria detenzione, sebbene durata da secoli, a far acquistare il diritto parve loro una vera anomalia, una flagrante contraddizione coi principii fondamentali su cui posa l'usucapione. In tale censura vi è qualche cosa di vero, poichè è vero, che dalla condizione di cose creata dalla legge possono nascere inconvenienti, e che appare non degno di una così efficace tutela il proprietario, che per tanti anni ha trascurato il suo diritto, lasciando che altri lo esercitasse

---

(1) A conforto della opinione espressa nel testo si può citare la sentenza 21 marzo 1876, *Legge*, 1876, 1, 528, della C. C. Roma, la quale chiamata a giudicare intorno all'attitudine ad usucapire del lungo possesso della percezione di un cànone enfiteutico in base ad un atto, che riconosceva validi i sequestri operati a mani dell'enfiteuta da un creditore del direttario, dichiarava trattarsi nella specie di un possesso temporaneo e risolubile, il quale non poteva, per quanto lungo fosse stato il decorso del tempo, condurre alla usucapione, e richiamava anzi il disposto dell'art. 2118 del Cod. civ.

(2) Fr. 11, D. *de div. temp. praescr.*, 34, 3.

(3) Merlin, *Prescr.*, Sect. 1, § 6, art. 2; Troplong, *Prescr.*, n. 309; Laurent, *Princ.*, XXXII, n. 300.

(4) Laurent, XXXII, n. 309; Marcadé, pag. 109.

come padrone. Ma vero è d'altra parte che nell'imperante sistema di diritto requisito sostanziale del possesso *ad usucapionem* essendo l'*animus domini*, il difetto di tale *animus* deve eliminare in modo assoluto e perpetuo la potestà di acquistare. L'inettitudine della secolare detenzione cominciata a titolo precario a generare l'usucapione è il logico corollario della regola per la quale il dominio non si considera perduto dal legittimo proprietario, fino a che non sia passato in altri. Tutto il sistema sarebbe stato sconvolto, se si fosse fatta facoltà al detentore di respingere la *rei vindicatio* colla *exceptio diutinae possessionis*.

D'altro canto gl'inconvenienti ed i danni non possono essere così gravi, come se li son figurati quegli Scrittori. Di fatto una detenzione precaria può essere durata da secoli nella sola ipotesi, che dal primo detentore la cosa sia passata nelle mani dei suoi mediati successori universali, perchè, se fosse stata trasferita in altre mani, avrebbe avuto principio un possesso legittimo. La certezza dei dominii non è quindi così profondamente scossa come quegli Scrittori vorrebbero far credere. È non è infine da trascurarsi, che, se l'inefficacia del possesso precario può essere fonte di pregiudizii, non mai immuni da colpa, perchè ognuno deve sapere a qual titolo possiede, molti e molto più gravi sarebbero derivati dal contrario sistema, il quale avesse dato libera potestà ai detentori (ad es., agli enfiteuti) di acquistare mediante la prescrizione acquisitiva la cosa da loro detenuta.

168[bis]. — È massima pacifica che l'inettitudine del possesso precario a servire di fondamento all'usucapione può essere invocata da chiunque; che, in altre parole, il vizio della precarietà è assoluto. Su ciò nulla ho ad aggiungere alle considerazioni altrove esposte (1). Questo solo debbo osservare che la detenzione avuta dal possessore precario giova a colui, in cui nome venne esercitata, e che di conseguenza questi potrà valersene come di fondamento sia per l'azione possessoria, sia per l'usucapione.

169. — Il divieto fatto dalla legge ai detentori ed ai loro eredi di prescrivere a proprio favore ha la sua ragione giuridica nella impossibilità, in cui essi versano di mutare in possesso legittimo la loro detenzione precaria pel solo cambiamento della loro volontà. Questa impossibilità era energicamente proclamata dal Diritto Romano colla regola: *nemo sibi possessionis causam mutare*

---

(1) Vedi sopra n. 139 e segg.

potest, la quale introdotta dapprima per rimuovere quelli fra gli effetti della *usucapio pro herede*, in genere già ritenuta *improba et lucrativa*, che parevano più immorali e più riprovevoli, estese a poco a poco il suo dominio e finì per signoreggiare tutta la materia dell'usucapione. La regola da principio impediva ai depositarii d'instituire a loro arbitrio un possesso *animo domini*, ed agli altri possessori in genere di abbandonare quel titolo di possesso, che prima avevano, per assumere quello *pro herede*, che più rapidamente conduceva al perfezionamento dell'usucapione (1). Ma di poi fu applicata in genere alla *naturalis possessio*, vietandosi così che il nudo detentore potesse con un atto volitivo unilaterale, non riconoscibile mutare a sè stesso la causa del suo possesso.

Perchè il detentore possa convertire in possesso legittimo la sua detenzione occorre che ne compia l'inversione in uno dei modi tassativamente enunziati dall'art. 2116 Cod. civ., il quale è così concepito: " Le persone indicate nel precedente articolo (*i detentori precarii*) possono tuttavia prescrivere se il titolo del loro possesso si trovi mutato o per causa proveniente da un terzo, o in forza delle opposizioni da loro fatte contro il diritto del proprietario ". Due adunque i modi ammessi dalla Legge civile, che ora passiamo a disaminare.

170. — 1° *Causa proveniente da un terzo.* Suolsi comunemente addurre come esempio di questa specie d'interversione il caso in cui il detentore ha comperato la cosa da colui stesso in cui nome la deteneva (2). Chiamasi anzi questa giusta causa d'inversione, perchè è accompagnata dalla buona fede. Il Laurent (3) aveva a rigor di logica condannata la distinzione di giusta e di ingiusta causa, perchè il concetto di acquisto mediante usucapione suppone di necessità, che l'alienante non sia il *dominus* della cosa alienata, e di conseguenza tutte le interversioni sono e debbono essere ingiuste. Se non che, completando l'idea accennata dal Laurent, penso che non ogni cangiamento di titolo è interversione. Quando il locatore vende il fondo al conduttore, questi cessa di essere conduttore e diventa o proprietario, od almeno legittimo possessore, secondochè il suo autore aveva o no la proprietà del fondo, ed acquista il possesso mediante una *traditio brevi manu* (4). A mio avviso il

---

(1) Gajo, II, § 52 e segg.; Fr. 33, § 1, D. *de usurp.*, 41, 3; Fr. 3, § 19, D. *de poss.*, 41, 2. Vedi Savigny, *Poss.*, § 7.

(2) Troplong, *Prescr.*, n. 506; Borsari, all'art. 2116 Cod. civ., n. 4395.

(3) *Princ.*, XXXII, n. 316.

(4) V. sopra n. 115.

concetto vero e preciso dell'interversione ha per suo supposto, che il proprietario od il possessore legittimo, che era rappresentato dal detentore, sia stato completamente estraneo al cangiamento del titolo, e soggetto invece a sopportarne gli effetti. In altre parole, l'interversione si opera contro il possessore legittimo, in cui nome si deteneva; non con lui. Nel che mi rafferma lo stesso testo di legge, il quale volendo che la causa provenga da un *terzo*, chiaramente designa una persona diversa tanto dal detentore quanto dal proprietario o possessore, che quegli rappresenta.

171. — Notano gli Scrittori che questa maniera d'interversione è quasi sempre infetta da mala fede, poichè di rado accade che il detentore precario ignori che l'alienante non è il proprietario della cosa vendutagli. Ed anzi io stimo che l'interversione è sempre ingiusta, perchè sempre ingiustamente e slealmente agisce il detentore, il quale viola i suoi doveri verso la persona da lui rappresentata, ed invece di denunziarle le usurpazioni, che altri commetta sulla cosa, ne compie egli stesso la più grave e la più esiziale. Ma all'esistenza del possesso legittimo tutto ciò torna completamente indifferente; e secondo la comune opinione, non ostante la più spudorata mala fede, il detentore, che ha acquistata dal terzo la cosa, instaurerà un possesso legittimo (1).

Se non che alcuni autorevoli Scrittori sonosi impensieriti delle conseguenze, che può cagionare un modo siffatto d'interversione del possesso, e del facile danno che si arrecherebbe al legittimo proprietario, al quale rimane nella maggior parte dei casi occulta. È antica dottrina, che risale al Brunemanno, che la semplice acquisizione della cosa da un terzo non valga a mutare il titolo del possesso nelle mani del detentore, se non è accompagnata da qualche atto di opposizione al diritto del proprietario. Ecco le parole del Brunemanno (ad l. 4, C. *de acq. poss.*): " Colonus meus praedium conductum emit ab alio non domino, vel vendit alteri, retenta tamen possessione, et nondum tradita. Quaeritur jam, an hoc facto mutaverit sibi possessionis titulum; ita ut post hunc actum jam pro suo possidere incipiat. Respondeo quod non, ob regulam, quod nemo possessionis causam sibi mutare potest, nisi adveniat aliqua extrinseca me concernens causa; v. g. qui possidet ex empto, non potest postea pro haerede possidere ". Fra gli Scrittori Francesi il Dunod seguendo l'insegnamento del Brunemanno voleva che l'affittuario, che acquistasse il fondo da un terzo, rifiutasse almeno di

(1) Ricci, V, n. 62; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 330.

pagare il cànone di affitto all'antico locatore protestando di essere ormai divenuto proprietario del fondo; ed il Vazeille esigeva che il conduttore notificasse il suo titolo di acquisto a chi aveva interesse d'interrompere l'usucapione. Nè quest'opinione era abbracciata soltanto dagli Scrittori; poichè, come riferisce il Troplong, parecchie Corti di appello della Francia nelle loro osservazioni sul Progetto del Codice civile avevano ravvisato un'infausta lacuna ed una porta spalancata alle frodi nella mancanza di un esplicito disposto atto a guarentire il proprietario da sì fatte interversioni.

Fondamento di quest'opinione è un'idea morale. Sonvi detentori che possono per molti anni detenere il fondo in base al diritto loro spettante; tali gli enfiteuti e gli usufruttuarii, tali anche qualche volta, benchè assai più di rado, gli affittuarii. È possibile, è probabile che il proprietario fidandosi dell'onestà dell'enfiteuta o dell'usufruttuario se ne viva molti anni quieto e sicuro. Ebbene il giorno, in cui egli insorge a richiedere il suo fondo, si troverà contro non più l'antico detentore, a cui la legge faceva divieto di usucapire, ma un legittimo possessore, che potè col decorso del tempo acquistarne il dominio. Quali mezzi gli sono dati per premunirsi contro la slealtà e la frode, se la causa estrinseca è operativa contro di lui, sebbene gli sia stato occultata?

A dir il vero, non sono del tutto infondati i timori che hanno dato origine a questa teoria, ma sono eccessivi. Se i temuti inganni e le frodi sono tutt'altro che impossibili, è però da osservarsi che il proprietario può con una mediocre vigilanza impedire che essi ottengano il loro scopo, e che la necessità del possesso con tutti i requisiti del legittimo, come vedrassi in breve, rende più difficile al detentore di poter celare al proprietario il nuovo stato di cose. Del resto, qualunque sia il fondamento razionale che aver possa questa dottrina, certo è che il Codice non l'ha accolta; poichè, avendo nettamente distinto la causa *extrinsecus accedens* dalla contraddizione, mostrò colla maggior chiarezza che ciascuno di questi mezzi agisce da sè solo e separatamente dall'altro. Puossi adunque tener per fermo che l'alienazione fatta dal terzo *non dominus* al detentore precario basta a creare il nuovo titolo, senza che vi si aggiunga la notificazione dell'atto di acquisto o l'opposizione ai diritti del proprietario.

172. — L'interversione del titolo per virtù di una causa estrinseca deve essere seguìta da un possesso idoneo ad usucapire, perchè essa fa cessare la precarietà a patto che sussegua un nuovo ordine di cose. Quindi se l'affittuario dopo aver acquistato il fondo da un terzo continua a pagare il cànone all'antico locatore, indarno

accamperebbe poi il nuovo titolo. Il fatto sta contro le sue pretensioni, e toglie ad esse ogni forza.

Naturalmente il nuovo possesso deve presentare al massimo grado i caratteri, che lo rendono legittimo. Si tratta di mostrare a tutti e specialmente agli interessati, che si è cominciato un possesso del tutto diverso da quello precedente e che si vuole trattar la cosa da padrone ed esercitare un diritto proprio. La manifestazione dell'*animus domini* deve quindi essere, quanto più possibile, energica, franca, idonea ad escludere ogni dubbio, ogni sospetto di precario e di equivoco.

173. — Ma parmi che siasi troppo avanzato, ed abbia oltrepassato il segno il Troplong (1) il quale non si appaga del possesso, conforme al titolo novello, siccome l'ho delineato, e scalzando colle sue mani la dottrina da lui così vigorosamente propugnata, che non occorre contraddizione o notifica di titolo, insegna in via di regola generale valevole per ogni caso, che l'interversione è dubbia e fraudolenta, ed illegittimo di conseguenza il possesso cominciato all'ombra del titolo emanato dal terzo, quando il detentore lascia ignorare a colui, dal quale aveva ricevuto la cosa, il fatto dell'interversione. Il nuovo possesso deve avere tutte le qualità necessarie a renderlo legittimo, ed è per converso clandestino, quando il possessore nasconde il titolo che ha dato vita al medesimo. Perchè l'interversione sia operativa e legittimo il nuovo possesso, occorre, *che vi sia la scienza del proprietario*. Così nei rapporti tra proprietario ed affittuario una scienza siffatta si può argomentare dalla cessazione dei pagamenti, la quale doveva svegliare l'attenzione di qualunque proprietario, anche di mediocre diligenza.

Ma per gli altri casi in cui il detentore non ha obblighi periodicamente ricorrenti da compiere, il Troplong non c'insegna, come sarà determinata e provata la scienza del proprietario, limitandosi a dire che il nuovo possesso dovrassi considerare come clandestino, quante volte il detentore abbia nascosto il nuovo titolo, che qualifica il suo possesso. Ma qui sta appunto tutto il vizio del ragionamento. Altro è che il proprietario non abbia avuto la scienza del nuovo titolo, ed altro che il possessore glielo abbia nascosto, cioè ad arte celato. L'ignoranza di quello può senza alcun sforzo conciliarsi col contegno franco, aperto, immune da male arti di questo. Insomma il vantato criterio pratico del Troplong o è *unum et idem* coi mezzi proposti dal Brunemanno e dai suoi seguaci, o è una

(1) *Prescr.*, n. 508.

cosa vana, impossibile ad eseguirsi, e ad ogni modo è contrario ai principii e non richiesto dalla legge.

Per le ragioni altrove esposte non posso neppur aderire al Borsari, il quale insegna che uno dei mezzi pratici acconci a determinare la scienza del proprietario è la trascrizione del titolo di acquisto (1).

174. — Qui cade in acconcio di esaminare una decisione della C. C. Firenze (2) di cui ho fatto cenno trattando dell'equivocità del possesso.

La Corte Fiorentina ritenne equivoco il possesso, cominciato all'ombra del titolo emanato dal terzo, per questo che il proprietario non aveva potuto conoscere l'interversione. " Il possesso, proclamò quella Corte, non può dirsi certamente pubblico e non equivoco di fronte al vero proprietario, finchè il possessore non abbia manifestato le sue pretensioni alla proprietà in modo aperto e chiaro e tale, che il proprietario, usando anche una mediocre e comune diligenza, possa venire a cognizione della interversione del possesso ". Ed osservava ancora che quando si era effettuata l'alienazione il contratto di affitto doveva durare altri 36 anni, ed al proprietario mancava perfino l'opportunità di mettersi in relazione coll'affittuario pel pagamento del fitto.

Questo modo di apprezzare la interversione prodotta da una *causa extrinsecus accedens* non è conforme alla legge, la quale esige un'alienazione realmente fatta dal terzo al detentore precario e null'altro. Nella specie una vera alienazione erasi compiuta nel 1813. Se non che obbietta la Corte Suprema, che il possesso era equivoco, perchè gli affittuarii avevano comprato in pendenza di una locazione ancora a lungo duratura, e nulla avevano fatto per rendere noto al locatore l'avvenuto acquisto. Ma ne avevano essi l'obbligo? Ecco il punto vero della questione. La Corte Suprema lo sfugge, dicendo che il proprietario, anche usando una mediocre e comune diligenza, non poteva conoscere l'avvenuta interversione. Ma questo non è vero, perchè il proprietario invece di usare una mediocre diligenza aveva dimostrata l'incuria più inescusabile, nulla facendo nel lungo corso della locazione per conservare il suo diritto di proprietario e per conoscere i cambiamenti, che in tanto tempo si fossero verificati.

---

(1) Vedi sopra n. 129*bis*.

(2) 27 novembre 1884, *Legge*, 1885, I, 155. Vedi sopra n. 129*bis* ove sono riassunti i fatti della causa. In senso conforme alla C. C. Firenze, vedi Duranton, n. 246 e segg.

Insomma la Corte Suprema, sebbene non lo dica espressamente, pure stima necessario che l'interversione per una causa proveniente dal terzo sia notificata al proprietario; poichè il conduttore che ha pagato l'intiero cànone di affitto fin da principio ed ha per molti anni ancora la detenzione del fondo, non può altrimenti rendere nota al locatore l'interversione, se non notificandogli l'atto di acquisto. In caso contrario non può cominciare ad usucapire se non a locazione finita. Ora tanto l'una quanto l'altra delle surriferite conclusioni è contraria alla legge, la quale nettamente distingue interversione da contraddizione, e consente che il possesso *animo domini* incominci, mentre ancor dura la detenzione in forza del precedente contratto di affitto.

175. — 2° *La contraddizione.* L'opposizione ai diritti del proprietario o, diremo meglio, del legittimo possessore, a cui il detentore prestava il suo ministero, è la seconda causa d'inversione del possesso di precario in legittimo. La *contradictio* è l'affermazione di un diritto proprio, che il detentore altamente accampa, colla quale dà un solenne avviso al proprietario che da quel momento in poi intende possedere per sè ed a proprio vantaggio. È classico a questo proposito l'esempio del colono che scaccia dal fondo il locatore o colui che questi aveva ordinato si lasciasse prendere possesso del fondo (1).

Le norme, da cui è regolata la contraddizione, sono le seguenti:

Essa deve essere una dichiarazione di volontà chiara, energica, tale da escludere ogni dubbio ed ogni equivoco sulla sincerità e sulla fermezza delle intenzioni del possessore (2).

Essa consiste in un fatto del detentore. Qualunque fatto del proprietario, che non dia luogo ad una *traditio brevi manu*, non cambia la qualità del possesso nelle mani del detentore. Ed approvo pienamente la massima stabilita dalla C. C. Roma (3), che la sentenza, la quale dichiara risolto il contratto d'enfiteusi, sebbene non eseguita nel trentennio, non inverte il titolo del possesso nell'enfiteuta. " Dopo la sentenza di risoluzione, e fino a che non venne messa in esecuzione, rimaneva l'enfiteuta nel possesso del fondo con la stessa qualità, con la quale lo tenea prima della sen-

---

(1) Cade qui in acconcio di rilevare l'errore incorso dal Troplong di attribuire la paternità di questo esempio al d'Argentré. La verità è che l'esempio fu proposto molti secoli prima del d'Argentré da Papiniano e da Marcello, come fanno fede i Fr. 20, D. *de poss.*, 41, 2; e Fr. 12, 18, D. *de ri*, 43, 16.

(2) *Idem*, Duranton, n. 248.

(3) 9 febbraio 1887, *Legge*, 1887, I, 442.

tenza suddetta intervenuta nello interesse del direttario, e non se ne potrebbe mai trarre la conseguenza, che per non essere stata eseguita da costui per un trentennio, si fosse di tanto vantaggiata la condizione dell'enfiteuta d'avere acquistata per prescrizione la proprietà del fondo posseduto a titolo precario. E per verità, se si voglia dire che il giudicato operi novazione, lo è nel senso che per l'avvenire la cosa giudicata tien luogo di causa dell'obbligazione, ma lungi dallo estinguere l'antica, la conferma invece e corrobora. Epperò nella specie se la qualità d'enfiteuta nel Cecchini e quindi la precarietà del possesso derivava dall'istrumento del 1802, questa qualità era confermata e corroborata dal giudicato del 1814. E se questo si prescriveva, ne conseguiva solo che il direttario doveva con nuova istanza chiedere la risoluzione del contratto, ma perdurava sempre nel Cecchini la qualità di enfiteuta „.

A queste ragioni io aggiungerò, che la domanda di risoluzione proposta dal direttario non è una *traditio brevi manu*, nè una causa *extrinsecus accedens*, nè una *contradictio*. Essa per converso è un atto solenne ed energico, con cui il direttario proclama i proprii diritti e gli obblighi incombenti all'enfiteuta. Nè regge l'argomento addotto in contrario da una nota apposta alla sentenza nell'ottimo periodico *La Legge,* che la pronunzia della risoluzione estingue il titolo contrattuale, di guisa che l'enfiteuta comincia un nuovo possesso senza titolo ed atto quindi a generare la usucapione. L'obbiezione non è esatta; poichè la sentenza non estingue *ipso jure* il titolo e gli effetti che ne derivano, tant'è che persistono gli stessi rapporti primordiali, ogni qual volta la sentenza non sia messa in esecuzione.

Il fatto del detentore deve per di più manifestare senza reticenze l'*animus rem sibi habendi*, la pretensione ad un diritto proprio. Invertiamo la specie decisa dalla Corte Romana. Il detentore in uno dei casi previsti dalla legge civile, ad esempio, il conduttore per una delle cause enunziate agli art. 1578 e 1580 Cod. civ., chiede ed ottiene per sentenza lo scioglimento del contratto. Ciò non ostante, continua a godere dei locali affittatigli. In questa ipotesi sarebbe assurdo che egli avesse mutato il titolo del suo possesso. Domandando lo scioglimento del contratto, diede la prova più luminosa di riconoscere il diritto del locatore e di detenere a nome di lui. In tutto il suo operato non vi è pur l'ombra di un'opposizione, e quindi se continua nel godimento dei locali, ed il locatore ve lo lascia non ostante l'intervenuta pronunzia di scioglimento, ciò significa che entrambi vogliono mantenere inalterato l'antico stato di cose.

176. — Nessuna forma è stabilita per la contraddizione. Anzi

poichè essa consiste in un fatto, è naturale che possa compiersi tanto con un atto stragiudiziale, quanto con uno giudiziale (1). Ad esempio il conduttore evocato in giustizia pel pagamento del fitto compare e sostiene di nulla dover più pagare perchè la cosa locatagli è sua. Ecco la interversione compiuta con un atto giudiziale. Si compirebbe stragiudizialmente e negli stessi termini di fatto, quando, presentandosi il proprietario per esigere il fitto, il conduttore glielo rifiutasse, protestando di essere diventato padrone della cosa.

La contraddizione giudiziale può essere attuata anche collo sperimento dell'azione possessoria. Di vero la legge si appaga di un atto qualsiasi, purchè riveli in modo indubbio la volontà di possedere per sè; e tale carattere ha certamente l'azione di manutenzione promossa dal detentore contro il proprietario. È quanto venne ritenuto dalla C. C. Torino nella seguente specie. Una cosa litigiosa era stata posta in sequestro presso uno dei contendenti, il quale di conseguenza ne aveva una detenzione precaria. Ma posteriormente, avendo il sequestratario alterato a proprio vantaggio il modo del possesso, era insorto un giudizio, durante il quale erano emanate ordinanze, che ritenuta l'antichità di cotali innovazioni avevano mantenuto in possesso il sequestratario. Alla stregua di queste circostanze la Suprema Corte giudicò che da quel momento il possesso dovevasi ritenere invertito, e diventato abile fondamento di usucapione (2).

177. — Si è domandato se l'inosservanza degli obblighi, cui il detentore era astretto in forza di contratto, o la cessazione del rapporto giuridico, in cui esso versava di fronte al proprietario, includa un'opposizione atta a fondare un possesso prescrittivo. Esiste un testo di Ulpiano che ha qualche relazione con questo punto di questione, ma che non è troppo esplicito. Le Leggi Romane accordavano al legatario l'immissione nei beni ereditarii a garanzia del suo legato, fino a che l'erede non avesse fornito le opportune cautele. Ora posto che l'erede avesse già satisdato, il legatario, che ciò nulla meno persisteva nel possesso delle cose ereditarie, dovevasi ritenere ancora come un detentore, o per converso competeva contro di lui l'interdetto *quod legatorum*, cui il Pretore aveva accordato all'erede perchè ricuperasse le cose arbitrariamente occupate dal legatario? Ulpiano reputò esperibile l'interdetto: " Tutius tamen erit dicendum, hoc interdictum competere, maxime si satisdatum

---

(1) C. C. Torino, 11 giugno 1889, *Legge*, 1890, I, 122; stessa C. C. 15 novembre 1898, *G. T.*, 1898, 1569.
(2) Sent. 17 agosto 1886, *G. T.*, 1886, 615.

sit jam legatorum nomine, nec recedat, tunc enim *etiam possidere videtur* „ (1). A prima vista questo testo pareggia il semplice fatto di non aver restituito la cosa posseduta ad un'interversione. Ma vuolsi considerare che il testo non dice se l'erede avesse prima chiesto la restituzione della cosa, e che puossi quindi presumere, atteso l'ordine normale delle cose umane, che ciò avvenisse.

Risaliamo ai principii di ragione, i quali ci dicono che l'opposizione ai diritti del proprietario, e la mancata esecuzione dei proprii obblighi sono due cose differenti, che la prima comprende sempre la seconda, ma questa non sempre include in sè quella; che la prima consiste in un'azione positiva, la seconda in una semplice ommissione; che infine la prima manifesta l'*animus rem sibi habendi*, la seconda no. E poichè la legge ha parlato di opposizione ai diritti del proprietario, non può accontentarsi dell'inadempimento degli obblighi incombenti al detentore. V'ha di più. La legge medesima suppone sia venuto il momento di restituire la cosa, senza che sia stata restituita, e non pertanto mantiene la precarietà del possesso. Ciò emerge dal divieto fatto ai successori universali di usucapire, sebbene non di rado nel momento stesso della morte del detentore sorga l'obbligazione di restituire la cosa al proprietario.

È quindi giusta la proposizione del Troplong, sulle orme del d'Argentré e del Dunod, che il fatto dell'affittuario di non pagare le rate dell'affitto non costituisce contraddizione (2).

Anche meno basta a mutare il titolo del possesso la cessazione della causa per cui si deteneva la cosa. Per tanto non si può ravvisare un'interversione nel fatto del tutore, il quale anche dopo finita la tutela, violando i proprii doveri, ha continuato a possedere le cose del pupillo, ma senza una formale opposizione ai diritti di questo. Il suo possesso permane a titolo precario ed inetto a servir di mezzo all'usucapione tanto nella ipotesi che egli abbia reso il conto della sua gestione, quanto in quella che egli non l'abbia reso e che per prescrizione siasi estinta l'azione del pupillo (3).

La stessa massima deve applicarsi al marito, il quale dopo lo scioglimento del matrimonio abbia continuato a detenere i beni dotali. È bensì vero che alcuni Giuristi dalle leggi Romane, le quali al marito accordavano un diritto molto più ampio, che non le vi-

---

(1) Fr. 1, § 9, D. *quod legatorum*, 43, 3.

(2) Troplong, *Prescr.*, n. 513. Anzi non costituisce contraddizione neppure il fatto del conduttore di aver conservato il possesso del fondo dopo scaduta la locazione, senza aver più pagato il fitto. C. A. Genova, 1° agosto 1882, *Legge*, 1883, II, 712.

(3) *Idem*, Mirabelli, Op. cit., 220. Vedi infra n. 189[ter].

genti, desumevano che il divieto di usucapire non essendo, nel caso, determinato dalla mancanza dell'*animus domini*, ma da una causa puramente positiva, dovesse venir meno non appena cessata questa causa. Checchè avessero disposto le Leggi Romane, ed è dubbio assai se avessero accordato al marito un vero diritto di proprietà sulle cose dotali, certo è che la vigente legislazione ha ridotto i diritti del marito a quelli di amministrazione e godimento. Il marito è adunque un semplice detentore, nè più nè meno che i conduttori, gli usufruttuarii, e gli amministratori per legge o per convenzione dei patrimonii altrui, e tale si mantiene anche dopo lo scioglimento del matrimonio, fino a che il titolo del suo possesso non venga mutato in uno dei modi legali (1).

178. — Quanto alla forma che deve rivestire l'opposizione richiamo le considerazioni altrove esposte (2).

Quanto alla prova, è da osservarsi che la contraddizione compiuta con un atto giudiziale avrà naturalmente e nel più alto grado l'impronta dell'autenticità.

Se invece venne attuata stragiudizialmente bisogna distinguere; secondochè si è verificata con atti diretti contro la persona del proprietario, o con atti di protesta e con diffidamenti. Nella prima ipotesi (ad es., il conduttore si rifiuta di ricevere il locatore, protestando altamente che egli è il solo padrone) la sola prova possibile è la testimoniale. Dice argutamente il Troplong: Fra tutte le contraddizioni questa è certamente la più energica ed espressiva. Non sarebbe evidentemente irragionevole il volere che fosse accertata da un atto rogato per man di notajo?

Se poi il detentore ha effettuata l'inversione mediante proteste o diffidamenti, per le ragioni altrove esposte (3) penso che non sarebbe ammessibile la prova testimoniale, e che il possessore dovrebbe giustificarla per mezzo di documenti autentici.

179. — All'infuori della *causa extrinsecus accedens* e della *contradictio*, il nostro sistema di diritto non conosce altri modi d'interversione del possesso. Qualunque cosa abbia fatto il detentore precario, che non costituisca o l'uno o l'altro dei due mezzi suddetti, non si muta il titolo del suo possesso, nè questo diventa abile a servir di fondamento all'usucapione.

(1) Confor. Laurent, XXXII, 304; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 315; contra Troplong, Op. cit., 483.

(2) Vedi sopra n. 61 e 61bis.

(3) Vedi sopra n. 61bis.

Le intestazioni catastali in testa dell'autore, le successive volture catastali ai nomi degli eredi, le denunzie di successione non servono a determinare l'inversione del titolo del possesso originario. " Nè in coteste operazioni, disse egregiamente la C. C. Palermo, intervenne ingerenza alcuna di terza persona, che avesse investito i Samson di un titolo di proprietà del magazzino, e così causato in essi un mutamento del titolo primitivo del loro possesso. Se coteste operazioni valessero all'inversione del titolo del possesso, ognuno, libero di attuarle, attuandole potrebbe cangiare riguardo a sè medesimo la causa ed il principio del suo possesso contro il divieto esplicito dell'art. 2118 del Cod. civ. " (1).

180. — Parlando dell'*accessio temporis*, fu osservato che i successori *in rem singulam* si trovano in una condizione giuridica diversa da quella dei successori universali, poichè, mentre in questi passa il possesso dell'autore e continua colle stesse qualità e cogli stessi vizii, quelli invece iniziano un possesso nuovo, distinto ed indipendente da quello dell'autore. Da tale diversità deriva, che, mentre gli eredi del detentore precario non possono usucapire, quando anche ignorino l'esistenza del titolo precario, per converso i successori *in rem singulam* posseggono *pro suo* e col trascorso del tempo usucapiscono.

Nella Romana Giurisprudenza pare che la massima sia stata controversa fra i Sabiniani ed i Proculejani. Autorevoli Romanisti hanno insegnato che la contesa riguardava piuttosto il caso, in cui il rappresentante avesse abbandonato il fondo coll'animo di lasciar deserto il possesso, e preda del primo che l'occupasse, che non l'altro di alienazione da lui fatta ad un terzo; e che al primo caso si riferisce la famosa l. 12, C. *de acq. vel ret. poss.*, 7, 32, di Giustiniano, la quale, sebbene avesse lo scopo di definire l'antica controversia (2), ebbe al contrario il risultato di suscitarne altre molte e molto più gravi (3).

Nella pratica fu ammessa l'attitudine dell'alienazione compiuta dal rappresentante a dar vita ad un possesso prescrittivo. Solo qualche dubbio fu elevato nel Medio-Evo intorno all'alienazione del

---

(1) Sent. 17 agosto 1886, *Legge*, 1887, 1, 36.

(2) Vedi Cujacius ad d. l. 12, *Rec. Solem.*, ad T. 32, lib. 7, Cod. (Ed. Prat., Tom. 7, Col. 1256).

(3) Dispone questa legge, che " ut sive servus, sive procurator, sive colonus vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscumque rei dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicii generetur et rel... ".

fondo commessa dall'enfiteuta, troppo grave parendo ad alcuni di quei Dottori che questi potesse spogliare il proprietario del suo dominio diretto (1).

I Codici moderni hanno proscritto ogni dubbio, accordando in ogni caso all'alienazione effettuata dal detentore la virtù di generare il possesso prescrittivo. Il Codice civile patrio sulle orme di quello francese all'art. 2117 dispone: " Possono prescrivere quelli, ai quali i conduttori, depositarii ed altri possessori a titolo precario hanno ceduto la cosa a titolo di proprietà ".

Secondo quest'articolo, perchè il nuovo possesso incominci, bisogna che la cosa sia stata ceduta a titolo di proprietà. Cessioni di tal genere sono quelle, colle quali si trasferiscono il dominio ed il possesso della cosa: tali una donazione, una vendita, una costituzione di dote o di rendita fondiaria. È appena necessario di osservare che l'atto di cessione deve essere vero e reale. L'atto simulato non produce alcuna mutazione nello stato delle cose.

Alla cessione deve corrispondere un nuovo possesso con tutti i requisiti che lo rendono legittimo. E rammento a questo proposito l'insegnamento contenuto nel Fr. 32, § 1, D. *de poss.*, 41, 2, che in altri luoghi ampiamente illustrai (2). Bisogna che l'acquirente eserciti con pubblicità e franchezza tutti gli atti di possessore legittimo. Posti tutti questi requisiti, il terzo acquista la proprietà della cosa alienatagli dal detentore, quand'anche questi, per rimuovere ogni sospetto, abbia continuato a soddisfare alle sue obbligazioni (ad es. pagamento dei canoni enfiteuticarii) verso il possessore legittimo. Costui non avrà che a rimpiangere la soverchia fiducia posta nel detentore che non ne era meritevole, e l'incomportabile negligenza nell'investigare il vero stato delle cose durante un così lungo periodo di tempo (3).

Del resto poco importa che l'acquirente sia in buona od in mala fede; ciò importerà solo per decidere se egli possa invocare l'usucapione decennale.

180bis. — La legge, esigendo una cessione a titolo di proprietà, dice chiaramente che non possono usucapire quelli, ai quali il detentore ha ceduto la cosa a titolo di detenzione precaria. Pongasi

---

(1) Vedi Laurent, XXXII, n. 313. La dottrina medioevale ebbe eco in alcune antiche sentenze delle nostre Supreme Corti: C. C. Napoli, 27 gennaio 1870, *Legge*, 1870, I, 581; C. C. Firenze, 23 novembre 1874, *Legge*, 1875, 1, 83: ma poscia venne completamente ripudiata.

(2) Vedi sopra n. 119 e 129bis.

(3) *Idem*, Troplong, *Prescr.*, n. 520.

un subconduttore avente causa dal primo locatario. Egli non ha un possesso *ad usucapionem*. Come il primo così il secondo possiede in nome e vantaggio dell'antico locatore.

Ma la legge non ha certamente inteso d'impedire al terzo l'acquisto di un diritto reale mediante usucapione, se di tal diritto abbia stipulato la costituzione col detentore precario. Ad esempio, l'enfiteuta, fingendosi proprietario del fondo, concede ad un terzo una servitù continua ed apparente. Potrà il concessionario acquistarla col diuturno uso? Non veggo ragione di ciò negare. “ In eo, quod plus sit, inest et minus „ (1). Sarebbe all'evidenza inconseguente, che l'alienazione di tutto il fondo compiuta dal detentore precario fornisse all'acquirente la facoltà di usucapirlo, e non avesse poi la stessa efficacia la concessione di un diritto reale. Nè si opponga la lettera dell'art. 2117 Cod. civ., la quale ha avuto il solo intento di eliminare l'interversione, quando la cessione ha per oggetto un godimento della cosa, che non costituisca un diritto reale. Si ravvisa in questo articolo una sproporzione tra il detto ed il pensato pari a quella che notammo nell'art. 687, dove l'espressione — a titolo di proprietà — deve intendersi nel più lato senso, sì da abbracciare ogni specie di diritti reali usucapibili (2). Neppure fa ostacolo l'art. 665 del Cod. civ., il quale dispone, che le servitù imposte sul fondo enfiteutico dall'enfiteuta cessano coll'estinzione dell'enfiteusi, perchè esso concerne evidentemente il caso in cui le servitù siano state imposte dall'enfiteuta in questa sua qualità; laddove la nostra ipotesi ha per oggetto il caso ben diverso, che l'enfiteuta abbia agito come un vero proprietario, tale simulandosi coll'acquirente.

181. — La dottrina della precarietà del possesso è completata dal disposto del 1° comma dell'art. 2118: “ Nessuno può prescrivere contro il proprio titolo in questo senso che nessuno può cangiare riguardo a sè medesimo la causa ed il principio del possesso „. È la canonizzazione dell'antica regola: “ Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest „, la quale ben può dirsi uno dei capisaldi di tutto l'edifizio dell'usucapione. L'applicazione rigorosa di questa regola più assai che non dall'antica è desiderata dalla Legge civile imperante, la quale ha francato l'usucapione dal bisogno del titolo e della buona fede. Il sistema del patrio diritto è conforme ai principii logici, siccome ho altrove ampiamente dimostrato. Ma dall'altro lato era pur giusto, che dopo di avere agevolato l'acquisto

(1) Fr. 110, D. *de R. J.*
(2) Vedi sopra n. 130.

dei diritti mediante l'usucapione e lasciato il campo libero alla mala fede, si vietasse alla slealtà ed all'abuso di fiducia di diventare comodi e sicuri mezzi di acquisto. Il proprietario, che ha avuto cura di mettere in essere mediante un titolo un rapporto giuridico il quale escludeva che l'altra parte contraente potesse in seguito usucapire, ha ragione di essere guarentito dagli effetti della frode, che questa intenda commettere in suo diretto vantaggio. Frode tanto più pericolosa, perchè tutta si consuma in un atto volitivo, del quale all'esterno nulla apparisce.

Il disposto dell'art. 2118 Cod. civ. è strettamente congiunto alla presunzione sancita dal capoverso dell'art. 687 Cod. civile, poichè sarebbe assurdo presumere sempre che il possesso è continuato allo stesso titolo, con cui è cominciato, se lecito fosse al possessore di mutarlo con un'operazione interna della sua volontà; e costituisce l'antecedente logico delle regole fissate dal precedente art. 2116 riguardo ai modi, con cui il possesso cominciato precario può essere intervertito. Alla C. C. di Torino parve di scorgere una differenza tra l'art. 2118 e il 2116 in questo che il primo di questi due articoli trova applicazione, quando il titolo " ha il suo fondamento sulla convenzione o sulla legge, è quello che consiste in un vincolo; ma non è titolo nel senso del citato articolo il fatto volontario di colui che delle cose sue o credute sue dispone nel modo che più gli talenta ". Secondo l'opinione della Suprema Corte l'art. 2118 verrebbe ad avere una cerchia di azione più ristretta che la precarietà, poichè questa comprende senza distinzione tutte le ipotesi di qualunque specie in cui taluno possegga senza *animus domini* ed in altrui nome. Da tale premessa la C. C. Torino desumeva che colui (ad es. il coeredè), il quale ha volontariamente assunto l'amministrazione di un patrimonio indiviso, può tuttavia acquistare per prescrizione la proprietà esclusiva dei beni, quando in appresso stabilisca di possederli per sè e continui in questo possesso per tutto il tempo della prescrizione (1).

Questo ragionamento non mi persuade. Lascio pel momento tutto quanto ha attinenza alla specie, che dette luogo alla decisione, e mi limito a considerare la questione dal suo aspetto generale. La Suprema Corte disse cosa del tutto irrilevante quando osservò che il fatto di chi ha assunto volontariamente la gestione delle cose comuni a nome anche del coerede " non vincolava in modo assoluto ed irrevocabile la sua volontà, nè gli impediva di cessare di possedere in nome del fratello e prendere a possedere l'intiera eredità a nome proprio ". Per certo nessuno ha mai sup-

(1) Sent. 6 dicembre 1887, *G. T.*, 1888, 45.

posto un vincolo assoluto ed irrevocabile nel coerede, che assunse l'amministrazione di tutta l'eredità, e nei detentori precarii in genere. Questo solo si esige, che, quando deliberano di possedere a proprio nome, facciano palese la nuova intenzione nei modi, che soli per disposto di legge possono renderla operativa.

Altri riflessi concorrono a dimestrare erroneo il criterio adottato da quella Corte per interpretare l'art. 2118 Cod. civ. Della distinzione da essa introdotta non havvi la più lieve traccia nel testo. Il quale chiaramente dinota doversi intendere la parola *titolo* nel più ampio senso, poichè lo si vede pareggiato *alla causa ed al principio del possesso.* Segue che il titolo, a cui si riferisce l'articolo 2118, non è di necessità subordinato alla esistenza di un vincolo giuridico nascente dal contratto o dalla legge; ma consiste invece in quel rapporto col proprietario, o in genere cogli aventi diritto sulla cosa, a cui l'attuale possessore od i suoi autori, sia per un negozio giuridico bilaterale, sia per un atto volontario unilaterale, ebbero ad assoggettarsi nel momento iniziale della detenzione. A questo rapporto tra detentore e proprietario corrisponde matematicamente quello tra detentore e cosa detenuta, il quale costituisce ciò che la legge chiama la causa ed il principio del possesso. Il possessore ha egli avuto fin da principio la ferma e palese volontà di possedere a proprio nome e vantaggio? Ebbene egli ha una causa *pro suo;* è un possessore *animo domini;* e qualunque sia stato il modo, con cui ha appreso il possesso, torna a lui inapplicabile l'art. 2118. Ebbe invece la volontà di tenere la cosa in altrui nome, od è entrato, anche suo malgrado, in un rapporto giuridico, che gl'imponeva la rappresentanza di altri? Ebbene l'art. 2118 è scritto per lui, per vietargli e rendere inefficace la conversione del suo possesso di naturale in civile, se non sia compiuta nei modi tassativamente stabiliti dalla legge (1).

Tuttavia restringerebbe di soverchio la portata dell'art. 2118 chi ne facesse una pura e semplice ripetizione dell'art. 2116; laddove il primo giusta la sua lettera e la sua genesi è molto più ampio, abbraccia tutti indistintamente i titoli, coi quali ha avuto origine il possesso, ed impedisce che siano dall'attuale possessore mutati a suo vantaggio mediante la semplice mutazione dell'*animus.* Donde deriva che la differenza tra i due articoli è precisamente contraria a quella insegnata nella decisione della C. C. Torino.

182. — La disposizione dell'art. 2118 dev'essere limitata alla qualità impressa al possesso dal titolo, in base al quale ebbe prin-

(1) Conformi Troplong, n. 528; Borsari, § 4398.

cipio, vale a dire, alla mancanza *ab initio* dello elemento volitivo necessario pel sorgere del possesso formale. Essa non può quindi estendersi agli altri vizi, che per avventura ne abbiano accompagnato l'acquisto, ed abbiano bensì impedito il formarsi del possesso legittimo, ma non del possesso semplicemente formale, e che possono essere purgati senza bisogno di una specifica interversione. Così vedemmo che la legge in modo positivo consente che il possesso acquistato con atti violenti o clandestini diventi legittimo, quando siano cessate la violenza e la clandestinità (1).

Ed altra limitazione subisce in quanto si deve conciliare cogli altri disposti di legge e principii di diritto accettati nell'imperante sistema che regolano l'acquisto del possesso sia *ab initio* sia in un momento posteriore. Essa ha l'intento d'impedire la mutazione unilaterale consumata con un atto volitivo interno e non riconoscibile dal rappresentante contro il proprietario; ma non quello di impedire l'azione delle altre cause idonee a mutare il titolo del possesso, come sarebbe una *brevi manu traditio*.

183. — A completare la trattazione della disposizione sancita da questo art. 2118, occorre esaminare se essa sia applicabile al comunista il quale abbia avuto l'amministrazione di tutto il patrimonio comune. Questi, come vedemmo a suo luogo (2), ha un possesso equivoco. Ora si domanda, se egli sia soggetto al disposto dell'art. 2118, e debba quindi per acquistare un possesso legittimo intervertirne il titolo. La questione è vivamente controversa in dottrina e in giurisprudenza (3); e la specie, che più frequentemente è stata oggetto della disputa, è quella riflettente la comunione ereditaria.

Mi sembrano convenienti alcuni riflessi di carattere generale, acconci a chiarire e ad esattamente delineare la questione. La ipotesi di un'apprensione del possesso fin da principio compiuta da uno dei più aventi diritto a suo nome ed interesse esclusivo sia di tutto il patrimonio comune sia di una parte di esso, e quella della separazione effettuata in appresso di una parte del patrimonio ad opera anche di un solo dei comunisti con relativo conseguente

---

(1) Troplong, *Prescr.*, n. 527.

(2) Vedi sopra n. 129.

(3) Ritennero necessaria la interversione: C. A. Trani, 25 maggio 1875, *Legge*, 1876, II, 242; C. C. Torino, 10 dicembre 1875, *G. T.*, 1876, 197; C. C. Napoli, 11 dicembre 1886, *Legge*, 1887, 1, 482; Mirabelli, Op. cit., 221. Contra: C. C. Torino, 24 aprile 1883, 6 dicembre 1887, *Foro It.*, 1883, 1, 471; *G. T.*, 1888, 45; C. C. Roma, 4 maggio 1884, *Legge*, 1884, II, 364; C. A. Torino, 14 settembre 1900, *G. T.*, 1900, 1357; Ricci, V, n. 5; Laurent, XXXII, 292; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 290-293.

possesso debbono essere escluse dall'ambito della controversia, perchè nella prima ricorrono fin da principio i requisiti di un possesso formale esclusivo, che, ove sia accompagnato dalle altre qualità occorrenti a renderlo legittimo, deve fuor di ogni dubbio servir di mezzo all'usucapione (1); e nella seconda questi requisiti del possesso formale sorgono al momento in cui il comunista muta la sua quota ideale *pro indiviso* in una quota concreta che egli imprende a possedere nel suo esclusivo interesse; in entrambe o manca *a priori* o viene poscia a mancare quel possesso a titolo di comunione, che costituisce la materia del dibattito. Questi riflessi m'inducono a considerare come priva di ogni influenza la disposizione del capoverso dell'art. 985 Cod. civ., nella quale cerca il suo principale appoggio la dottrina, che afferma non necessaria la interversione del titolo, perchè la disposizione concerne la seconda delle sovradette ipotesi (2). Ad ogni modo, quando pure la disposizione potesse reputarsi comprensiva di altre ipotesi, non potrebbe negarsi che la dizione così vaga ed elastica in essa usata di " un possesso sufficiente ad indurre la prescrizione " non solo non elimina, ma anzi esige il requisito della interversione, ove secondo i principii apparisca necessario per attribuire al possesso la sufficienza ad indurre la prescrizione (3).

Il problema non può adunque riguardare che il caso di un possesso assunto *ab initio* a titolo di comunione e in prosecuzione di tempo esercitato a proprio esclusivo vantaggio. Si accordano tutti nell'ammettere che una mutazione del titolo deve avvenire e che ad effettuarla non basterebbe una semplice mutazione della volontà del possessore, ma occorrerebbe un'interversione quanto meno di fatto, mediante atti esterni, univoci ed energici sì da poter bastare per l'affermazione di un possesso esclusivo di fronte agli altri comunisti; ma ferve invece il dissidio circa la necessità di una vera opposizione contro i diritti di questi.

Le considerazioni svolte poco addietro intorno all'interpretazione dell'art. 2118 Cod. civ., segnano la via per la risoluzione del problema. Il titolo, di cui è cenno in questo articolo, consiste in quel rapporto col proprietario o in genere cogli aventi diritto sulla cosa, a cui l'attuale possessore od i suoi autori, sia mediante un negozio giuridico, sia mediante un atto unilaterale, diedero vita nel momento in cui cominciarono a detenere la cosa. Il comunista, che cominciò a possedere nell'interesse della comunione, ha posto

(1) Vedi in questo senso C. A. Casale, 27 novembre 1900, *G. T.*, 1900, 1481.
(2) Ricci, IV, n. 102.
(3) Mirabelli, l. c.

in essere un titolo, che accompagna e qualifica il suo possesso nell'ulteriore suo decorso e che lo rende idoneo all'acquisto della comproprietà, ma non della proprietà. Perchè questo maggiore effetto si avveri, è mestieri che il possesso diventi più efficace, si converta cioè da compossesso in possesso. Ma una conversione di questo genere trova un ostacolo nel titolo primordiale; bisogna quindi che il titolo sia mutato. La cosa è intuitiva quando la comunione è stata accompagnata da un trattato di società o quando un negozio giuridico intervenuto fra tutti gli aventi diritto ha stabilito di affidare l'amministrazione del patrimonio comune ad uno dei comunisti, poichè in questa ipotesi si ha il titolo nel senso di vincolo giuridico voluto dalla interpretazione restrittiva dell'art. 2118 (1). Ma la soluzione non può essere differente neanche nel caso di comunione di fatto, nel rigoroso significato della parola, perchè l'assenza di qualsiasi elemento convenzionale non può far sì che il rapporto giuridico non sia in questo caso precisamente lo stesso che nell'altro. È sempre un rapporto di comunione; ed è sempre in base a questo rapporto che venne assunto *ab initio* il possesso. Il titolo, vale a dire la causa e il principio del possesso secondo il testo dell'art. 2118 Cod. civ., tanto nell'uno quanto nell'altro caso è sempre il medesimo, è sempre il titolo di compossesso *pro indiviso* e non di possesso *pro suo*, vi sia o non vi sia a base del rapporto giuridico l'elemento convenzionale. Tutt'al più si potrà concedere, che quando il rapporto originario non è costituito da un negozio giuridico, si debba valutare l'interversione con criteri meno rigorosi (2).

Parmi poi che nessun fondamento abbia l'obbiezione, che il possesso del comunista sia accompagnato dall'*animus rem sibi habendi*, non sia cioè precario, e non abbisogni quindi d'interversione. A stretta logica il comunista, che assume il possesso in nome della comunione, possiede per sè e anche a nome degli altri aventi diritto; è possessore *pro suo* della sua quota, è possessore *alieno nomine* delle quote degli altri col cui consenso espresso o tacito ha impreso ad amministrare la cosa comune (3). Tuttavia, pur a concedere che il compossessore non sia neanche in parte possessore precario, la cosa non muta, perchè l'art. 2118 non è ristretto ai soli possessori precarii e perchè il compossessore non può mutarsi da sè il titolo di compossesso in quello di possesso esclusivo.

---

(1) C. C. Torino, 6 dicembre 1887, *G. T.*, 1888, 45. Sopra n. 181.

(2) Nella 1ª edizione aveva ritenuto la distinzione tra i due casi, ma i riflessi esposti nel testo, determinati da più maturo esame, mi hanno indotto a ripudiarla.

(3) *Idem*, Mirabelli, Op. cit., 221.

184. — Il cap. dell'art. 2118 dispone: " Ciascuno può prescrivere contro il proprio titolo in questo senso, che si può colla prescrizione conseguire la liberazione dall'obbligazione ". Questo disposto ha attinenza colla sola prescrizione estintiva, poichè opera di questa è la liberazione dalle obbligazioni, come della acquisitiva l'acquisto dei diritti. Nella parte quindi, ove si esaminerà l'istituto dell'estintiva, troverà sede opportuna l'interpretazione di questo disposto.

Il capoverso dell'art. 2118 circoscrive nettamente ed in conformità dei principii di ragione il campo, entro il quale deve operare il precario, e segna nello stesso tempo la linea di confine tra la prescrizione acquisitiva e la estintiva.

185. — Il divieto di usucapire contro il proprio titolo non toglie la potestà di prescrivere al di là del medesimo. Di vero, ciò che non è compreso nel titolo, ne resta al di fuori, e non sottoposto quindi all'impero degli speciali rapporti, che esso ebbe a creare.

Il possesso, che cade su un oggetto non abbracciato dal titolo, è possesso senza titolo. Ora il difetto di un titolo per espressa volontà del legislatore esclude bensì l'usucapione decennale, ma non la trentennaria, la quale si perfeziona nel concorso di questi due soli elementi: possesso e tempo. È questa una massima accettata con rara concordia dai Dottori e dai Magistrati (1).

Se non che la regola, così nuda, non ha per sè sola significato alcuno, non essendovene bisogno per sanzionare un postulato, che nessuno ha mai posto in dubbio. Tizio, ad esempio, in rappresentanza di Cajo, ha detenuto il potere Corneliano, di cui egli non potrebbe acquistare la proprietà mediante la prescrizione acquisitiva. Ma posteriormente compra in suo nome il fondo Semproniano, sul quale esercita un possesso legittimo, senzachè l'art. 2118 Cod. civ. gli opponga alcun ostacolo, perchè al fondo Semproniano resta del tutto estraneo il titolo della detenzione precaria.

La regola devesi intendere nel senso, che quand'anche più cose siano connesse fra di loro, tuttavia il divieto è ristretto a quella sola, che forma oggetto del titolo, e significa quindi che il divieto dell'usucapione contro il proprio titolo devesi contenere nei limiti da questo segnati ed interpretare nel modo più ristrettivo. Una sola eccezione si ammette per le cose che sono unite fra di loro da un vincolo di mutua dipendenza, o di cui l'una sia l'accessione dell'altra, nel qual caso il divieto si estende a tutte.

---

(1) Conformi C. C. Torino, 23 ottobre 1868; 27 e 30 giugno 1871; 24 gennaio 1874; *G. T.*, VI, 27; VIII, 545; XI, 151; Duranton, n. 250; Troplong, *Prescr.*, n. 528; Laurent, XXXII, 331; Borsari, § 4398.

L'applicazione della massima può dare luogo in pratica a non lievi difficoltà, perchè non è sempre agevol cosa distinguere quale sia possesso contro il titolo, e quale possesso al di là del titolo. Questa sola norma si può stabilire: si esamini colla più diligente e rigorosa cura se il titolo ha potuto in alcun modo ostare all'acquisto di un possesso legittimo, ed in questo caso si applichi il divieto del possesso contro il proprio titolo; se al contrario non potè ostare, si ammetta l'usucapione, quando ne concorrano tutti gli altri requisiti.

La difficoltà massima si presenta nel caso che la stessa persona detenga una quantità di cose dello stesso proprietario e pretenda usucapirne una, perchè non compresa nel titolo della detenzione precaria. Ad esempio, un affittuario, oltre ai terreni affittatigli, si mette in possesso di un fondo contiguo di spettanza del locatore. In principio, il problema non offre alcun dubbio; poichè il fondo non era contemplato nel contratto di affitto, nessun impedimento può opporre l'art. 2118. Dubbi invece e difficoltà gravissime offre la sua pratica soluzione. Perchè si ammetta l'affittuario ad usucapire in circostanze come quelle, che delineammo, è indispensabile, che egli dimostri che fin dall'inizio conobbe, che il fondo non era compreso nell'affitto, e come tale lo usurpò e godette; ed è ancora indispensabile che il suo possesso presenti con indiscutibile evidenza tutti i requisiti del legittimo. Dice egregiamente il Laurent (1): " C'est une difficulté de fait, et elle est grande dans l'espèce ".

186. — Il legislatore italiano sotto la rubrica delle cause che impediscono l'usucapione ha fatto cenno della sola precarietà del possesso. Ma non è questa la sola, sebbene sia la principale. In questo stesso capitolo abbiamo illustrato l'art. 2118 Cod. civ., il quale abbraccia altre cause impeditive dell'usucapione oltre alla precarietà. Percorrendo la materia, ci siamo non di rado imbattuti in particolari circostanze, che vedemmo rendere impossibile l'acquisto mediante usucapione. La formola, che in sè compendia tutte le cause d'impedimento, si trova per contraddizione sancita dall'art. 2106 Cod. civ., il quale detta che per prescrivere è necessario un possesso legittimo. Invertiamo la proposizione ed avremo la massima di matematica esattezza, che ci guiderà a riconoscere qualsiasi causa impeditiva. È questa: Dove non ha luogo, qualunque sia il motivo, un possesso legittimo, ivi non ha luogo acquisto mediante usucapione.

(1) XXXII, n. 331.

CAPITOLO XI.

Il corso della prescrizione acquisitiva.

SEZIONE I.

La sospensione della prescrizione acquisitiva.

regola stabilita al n. 198. — 199. *La esistenza di un diritto condizionale secondo la* ratio juris *non impedisce l'usucapione incoata da un possessore senza titolo o con titolo* a non domino. - *Disposizione contraria del Cod. civ. contenuta all'art. 2120 Cod. civ.* — 200. *Temperamenti di questo* jus singulare *- art. 2121 Cod. civ., secondo il quale le cause sospensive enunziate dall'art. 2120 non agiscono sulla prescrizione trentennaria a riguardo del terzo possessore di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile. - Disamina dell'art. 2121 relativamente ai diritti condizionali. - Si riassume tutto il ragionamento nella distinzione tra successori a titolo particolare del titolare del diritto risolubile e possessori senza titolo o con titolo* a non domino. — 201. *Critiche che vennero mosse alla distinzione. - S'imprende la confutazione degli argomenti addotti in contrario: - a) precedenti storici dell'art. 2121; b) sua esegesi;* — 201^bis^. *c) possesso dell'avente causa: possibilità per parte sua di usucapire;* — 201^ter^. *d) retroattività della condizione compiuta; - e) ingiustizia di trattar peggio il successore per titolo derivativo che il possessore senza titolo.* — 201^quater^. *Le regole stabilite pei diritti condizionali si applicano anche ai diritti, il cui esercizio è sospeso da un termine.* — 202. *Significato dell'espressione -* terzo possessore *- nell'art. 2121 per quanto alle altre cause sospensive enunziate nel precedente art. 2120. - Perchè il terzo possessore approfitti della trentennaria secondo l'art. 2121 Cod. civ. non occorre che sia in buona fede.*

203. *Non è respinta dal sistema legislativo vigente la massima:* contra non valentem agere non currit praescriptio. — 203^bis^. *Si combattono brevemente le obbiezioni.* — 203^ter^. *Entro quali limiti la massima debba essere accolta.*

204. *Effetti della sospensione. - Essa non si estende da persona a persona, eccetto quando si tratta di diritti indivisibili. - Applicazioni del broccardo:* Minor relevat majorem in individuis. — 204^bis^. Quid *nel caso in cui l'usufrutto sia disgiunto dalla proprietà.* — 204^ter^. *Si esaminano alcune conseguenze della divisibilità della sospensione.* — 205. *Gli effetti della sospensione possono essere invocati dal successore a titolo particolare della persona, a cui favore è stabilita la causa sospensiva.*

187. — Principio e fondamento dell'usucapione è il fatto dell'uomo che si estrinseca nel possesso legittimo. Nella sua sostanza essa altro non è che lavoro umano accumulato. E la legge, provvida e sapiente tutrice di tutti gli interessi e di tutti i diritti, ha stabilito che questo lavoro debba durare uno spazio di tempo assai lungo, acciocchè il proprietario abbia un termine sufficiente a riconoscere la lenta corrosione, che si va consumando sul suo diritto. Prima di pronunciarne la decadenza la legge volle lasciargli ogni agio di vedere e provvedere (1). È quindi colpa sua, se egli non sa profittarne e lascia che l'usucapione percorra tranquilla tutto il suo cammino e raggiunga la meta.

Questo essendo il motivo per cui fu richiesta una durata assai lunga del possesso, il legislatore reputò conforme ad equità il tener

(1) Questo pensiero era già enunziato da Gajo nel Fr. 1, D. *de usurp.: ...cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.*

conto di alcune particolari condizioni di cose, che giustificano l'inerzia del proprietario, dimostrando che non gli si può apporre la menoma colpa se non ha promossa entro il termine utile l'azione a tutela del suo diritto. Queste condizioni fanno sì che la usucapione non corra.

Per farsi un'idea esatta della sospensione bisogna supporre che il possesso sia stato legittimo, e tale siasi sempre conservato per tutto il tempo occorrente ad usucapire. Non appena trascorso l'ultimo attimo del termine, il possessore dovrebbe avere acquistato il diritto; eppure sebbene concorrano tutti gli estremi, l'acquisto non si verifica, e la prescrizione acquisitiva non si ritiene giunta a fine, perchè, fors'anche ad insaputa dello stesso possessore, il suo corso è stato per qualche spazio di tempo arrestato da una di quelle cause, a cui la Legge civile attribuisce una virtù sospensiva. Queste cause, operando su essa come i narcotici sull'organismo animale, l'addormentano. *Praescriptio quiescit.*

La causa sospensiva non agisce sul possesso, non ne muta e tanto meno ne distrugge le qualità sostanziali; al contrario colpisce soltanto l'energia acquisitiva dell'usucapione, e ne sopprime gli effetti per tutto quel tempo, durante il quale essa opera, ma la lascia pronta a riprendere subito dopo il suo cammino. Segue che tutto il tempo, pel quale la causa sospensiva ha agito, non si computa nella durata dell'usucapione. Ma tanto prima quanto dopo il possesso si trova nelle identiche condizioni ed ha le medesime qualità; e si congiungono quindi i due possessi anteriore e posteriore in modo da formarne uno solo.

188. — Il legislatore italiano ha stabilito tre categorie di cause che sospendono il corso della prescrizione:

1ª Cause, che hanno effetto solo tra certe determinate persone;

2ª Cause, che agiscono in favore di certe determinate persone, ma contro ogni sorta di persone;

3ª Cause, che agiscono sopra certe situazioni del diritto, impedendone temporaneamente l'acquisto mediante usucapione.

È facile lo scorgere la differenza fra le due prime categorie e la terza. Le cause contenute nelle prime due sospendono realmente il corso della prescrizione, e derivano da considerazioni di ordine puramente subbiettivo, da riguardi a certe persone che apparvero al legislatore meritevoli di un favore speciale. Al contrario le cause comprese nella terza hanno per loro contenuto alcuni speciali rapporti di diritto, che impediscono l'opera attuale della prescrizione. Laonde le cause in essa accolte logicamente dovrebbero classificarsi allato delle altre che impediscono la prescrizione acquisitiva, piuttosto che delle sospensive. Ma per non fuorviare dall'or-

dine che il Legislatore ha adottato, e perchè niun danno può derivarne ad una regolare disamina, credetti opportuno di compenetrarle nella trattazione delle cause sospensive.

189. — Le cause, che sospendono la prescrizione acquisitiva fra alcune determinate persone, sono enunziate dall'art. 2119 del Cod. civ., il quale comincia col disporre che niuna prescrizione corre fra i coniugi. Le ragioni di moralità e di sociale convenienza, che hanno determinato l'eccezione, sono evidenti. La comunione di vita e di interessi, che il matrimonio stabilisce fra i coniugi, non consente che l'uno vigili contro dell'altro per paura di reciproche usurpazioni. Ed al lodevole scopo di mantenere e fomentare anzi una completa confidenza e una perfetta concordia d'intenti e d'interessi ben fece il legislatore escludendo dall'impero della prescrizione i rapporti giuridici esistenti tra i coniugi (1).

La sospensione perdura non ostante l'intervenuta separazione personale. Di vero l'art. 2219 dispone in via di regola generale e senza distinguere, che la prescrizione non corre fra i coniugi, e poichè la separazione non scioglie il matrimonio e non annulla la qualità ed il nome di coniuge, sono da ritenersi compresi nell'ampio disposto anche i coniugi separati. A ciò vuolsi aggiungere il desiderio, con cui la legge promuove la riconciliazione dei coniugi separati, alla quale per converso la potestà di prescrivere e di conseguire così vantaggi e lucri dalla permanenza della separazione opporrebbe in molti casi un non lieve ostacolo (2).

189 *bis*. — Un pensiero conforme ha ispirato le successive disposizioni dell'art. 2119, in forza delle quali la prescrizione non corre fra la persona, a cui spetta la patria podestà, e quella che vi è sottoposta; fra il minore o l'interdetto (3) ed il suo tutore, fino a a che non sia cessata la tutela e ne sia reso definitivamente ed approvato il conto; fra il minore emancipato, il maggiore inabilitato e il curatore; fra le persone, che per legge sono sottoposte all'amministrazione altrui, e quelle cui l'amministrazione compete. Sarebbe cosa iniqua che le persone, le quali hanno l'obbligo ed il diritto di amministrare il patrimonio delle persone incapaci, potessero impunemente manomettere la fiducia necessaria, che la legge in loro

(1) Conformi Troplong, *Prescr.*, n. 742. Duranton, n. 299. Ricci, V, n. 175.

(2) Conf. Laurent, XXXII, n. 63. Ricci, *ibidem*. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 446. C. C. Napoli, 9 aprile 1889, *Legge*, 1889, II, 807.

(3) Fra gl'interdetti, a cui si riferisce l'art. 2219, si comprendono anche quelli diventati tali in virtù di condanna penale.

ripone, ed abusare della loro favorevole condizione per ritrarne improbi lucri a danno di quegli stessi, a cui dovevano prestare ogni loro cura ed ogni loro opera; e che dal dovere di difendere gli interessi dell'incapace contro ogni tentativo di usurpazione fossero dispensati nel proprio vantaggio.

189ter. — Se non che io penso che il disposto dell'art. 2219, che vieta agli amministratori legali di prescrivere contro i loro amministrati, si riferisca piuttosto alla estintiva che alla acquisitiva, la quale è già impedita dal difetto di un possesso legittimo negli amministratori, essendo evidente che essi hanno soltanto la detenzione precaria dei beni appartenenti ai loro amministrati. Non è questa una quistione di sole parole, ma è invece una distinzione sostanziale e feconda di conseguenze. Delle quali importantissima questa: che è estranea alla materia dell'usucapione l'eccezione introdotta dal n. 3 dell'art. 2119, secondo la quale la resa definitiva del conto segna il punto estremo della sospensione della prescrizione fra il tutore ed il minore o l'interdetto.

La contraria opinione è stata strenuamente difesa dal Troplong (1) il quale dopo d'avere combattuta la dottrina professata dal Vazeille, che alla maggior età del pupillo il tutore cominci senza altro a possedere legittimamente, a sua volta insegna che il possesso legittimo del tutore comincia in quel momento, in cui è stato definitivamente approvato il conto da lui reso. " Allora soltanto, scrive egli, cessa di possedere in altrui nome, imperocchè una mutazione si è operata pel fatto di un terzo; e la qualità di tutore viene cancellata da un atto contradditorio „. Si scorge di leggieri l'errore, in cui è incorso il Giurista Francese. La legge ha accordato la virtù d'intervertire il possesso non al fatto del terzo in genere, ma a quello soltanto che determini una cessione della cosa a titolo di proprietà. Ora nè l'assistenza del protutore (articolo 307 Cod. civ.) nè l'approvazione del Consiglio di famiglia (articolo 306) hanno per iscopo di mutare il titolo del possesso esercitato dal tutore. Al contrario cotali guarentigie furono dalla legge ordinate nell'intento di assicurare la sincerità coscienziosa del conto e di proteggere così fino all'ultimo momento l'interesse del pupillo, e rendono quindi sempre più solenne il dovere incombente al tutore di restituirgli tutti i suoi averi. D'altra parte non potrebbe pur sostenersi che il fatto del tutore di aver reso il conto senza restituire al pupillo tutto quanto gli appartiene importi una *con-*

(1) *Prescr.*, n. 487 e segg.

tradictio ai diritti di questo; perchè, come ha rilevato lo stesso Troplong (1), per la *contradictio* si richiede un diniego formale, un rifiuto positivo, una negazione del diritto, contro il quale si prescrive. Ora nulla di tutto ciò si ravvisa nella resa del conto, la quale, ben lungi dal costituire una *contradictio*, è invece un atto di omaggio all'altrui diritto. E se essa non può intervertire il possesso del tutore, questi, come prima, così anche dopo continua ad essere un semplice detentore delle cose, che non ha ancora consegnate al pupillo (2).

190. — Le persone sottoposte all'altrui amministrazione sono quelle che hanno degli amministratori legali, che suppliscono alla loro incapacità, ad esempio, gli assenti e l'eredità giacente, e non debbono confondersi colle Persone Giuridiche, le quali si amministrano di per sè, e per mezzo dei loro rappresentanti compiono le operazioni della vita civile (3).

Perchè si applichi la disposizione dell'art. 2219 che stiamo esaminando, non basta essere stato dalla legge chiamato ad aver parte in un'amministrazione, bisogna averla assunta di fatto (4).

191. — La prescrizione è pure sospesa nei suoi effetti tra l'erede e l'eredità beneficiata. Il nostro legislatore si è in questo proposito discostato dal modello francese, il quale così disponeva: " La prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances, qu'il a contre la succession " (art. 2258 Cod. franc.). Non è qui luogo acconcio ad esporre i tentativi fatti dai giuristi francesi per giustificare questo strano disposto, il quale è evidentemente illogico, perchè sancisce la sospensione in favore di quella

(1) *Prescr.*, n. 513.

(2) Vedi anche sopra n. 177.

(3) Conf. Ricci, *Diritto civile*, V, n. 176; Mirabelli, Op. cit., 54. Contra Trib. Genova, 28 luglio 1898, *Legge*, 1898, II, 776.

(4) C. C. Torino, 7 giugno 1883, *G. T.*, 1883, 481. Puossi chiedere perchè il legislatore che aveva già nell'art. 2120 stabilito in via di regola generale e da valere per ogni sorta di persone, che le prescrizioni non corrono contro i minori non emancipati e gl'interdetti, abbia creduto necessario di ripetere all'art. 2219 tale eccezione nei soli riguardi del padre e del tutore. Alla naturale domanda risponde la C. C. di Torino (Sent. 8 agosto 1885, *G. T.*, 1885, 723): È regola generale stabilita dall'art. 2120 precitato Codice, che le prescrizioni non corrono contro i minori emancipati; e col precedente art. 2219 stesso Codice venne pei detti minorenni nei rapporti coi loro amministratori unicamente introdotta una maggior difesa, estendendo la sospensione della prescrizione a quei casi nei quali, come nell'art. 2145 del Cod. ridetto, non godono essi minorenni del relativo beneficio nei riguardi coi terzi

persona che ne ha minor bisogno, e difende, se mi si passa il paragone, il lupo contro l'agnello, non l'agnello contro il lupo. Il nostro Codice fece dunque una razionale innovazione estendendo la sospensione a tutti i rapporti tra erede ed eredità beneficiata. Non confondendosi per l'accettazione della eredità col beneficio d'inventario le due personalità dell'erede e del suo autore, i rapporti rimangono distinti. L'erede ha l'amministrazione del patrimonio dismesso dal defunto in forza dell'art. 969 Cod. civ., che lo costituisce amministratore dell'eredità coll'obbligo di rendere il conto della sua amministrazione. Segue che l'erede beneficiario si trova in faccia dell'eredità nella condizione di un amministratore di fronte alla persona sottoposta alla sua amministrazione, e che il disposto, che esaminiamo, non è che una logica conseguenza del principio generale enunziato dal cap. ult. dell'art. 2219, in virtù del quale è sospesa la prescrizione tra amministratori ed amministrati (1).

La sospensione ha luogo tanto nel caso in cui l'erede beneficiato sia uno solo quanto in quello in cui più siano gli eredi, poichè la disposizione di legge entrambi li comprende. Nè parmi abbia ragion d'essere la distinzione propugnata dal Mirabelli (2) tra la ipotesi di eredità beneficiata indivisa e quella di eredità divisa tra i coeredi, poichè anche concesso che il beneficio d'inventario non opponga ostacolo alla divisione, la situazione contemplata in questo disposto di legge si verificherebbe in entrambe le ipotesi, e dovrebbe sempre dar origine allo stesso effetto (3). Del resto per quanto ha tratto alla usucapione, la distinzione è inconcepibile, non potendo sulle specie che si possono configurare (coerede che era in corso di usucapire un bene proprio della eredità — specie inversa), influire il fatto che uno solo o più siano i coeredi.

Il Ricci (4) si propone il quesito, se durante i termini accordati all'erede per fare l'inventario e deliberare resti sospeso il corso della prescrizione, nel supposto che l'eredità venga poscia accettata col beneficio dell'inventario, e lo risolve negativamente. I motivi, che a ciò lo inducono, sono i seguenti. Il Codice francese dispone espressamente che la prescrizione corre anche durante i termini accordati all'erede per deliberare; il nostro ha soppressa tale disposizione, ma dal suo silenzio non si può desumere argomento alcuno in favore di una contraria tesi, perchè la legge volle

---

(1) *Idem*, Ricci, V, n. 177.
(2) Op. cit., 54.
(3) Confor. C. C. Roma, 13 giugno 1891, *Legge*, 1892, 1, 184; C. C. Palermo, 28 luglio 1887, *Legge*, 1888, I, 522.
(4) Loc. cit.

sospesa la prescrizione, quando l'eredità è già accettata col beneficio dell'inventario, e non quando l'accettazione non ha ancora avuto luogo.

Queste ragioni non mi persuadono. Nell'art. 2259 Cod. franc. erasi insinuato un errore materiale che aveva travisato radicalmente il concetto del legislatore. Questi aveva avuto l'intendimento di sospendere il corso della prescrizione durante i termini per deliberare (come risulta dal rapporto di Bigot-Préameneau), invece l'art. 2259 dice precisamente il contrario (1). La soppressione del disposto potrebbe quindi fornire un non spregevole indizio di mutazione di volontà nel nostro legislatore. Prescindendo da consimili congetture spesso fallaci, sempre pericolose, havvi un'altra ragione decisiva. L'art. 964 Cod. civ. dispone che durante i termini per fare l'inventario e per deliberare, colui, che è chiamato alla successione, non è tenuto ad assumere la qualità di erede, ma è considerato *curatore di diritto* dell'eredità. E non veggo ragione di disapplicare ai rapporti, che il detto art. 964 crea tra l'erede e l'eredità durante i termini per far l'inventario e deliberare, il generico disposto del cap. ult. dell'art. 2219 Cod. civ., che impedisce il corso della prescrizione tra amministratore e persona amministrata.

191bis. — Non vi ha dubbio che la prescrizione corre tanto in favore quanto in danno dell'eredità giacente, benchè non provveduta di un curatore. Il Borsari (2) adduce queste ragioni; che l'accettazione dell'eredità beneficiata dipende da un calcolo che si fissa colla descrizione dei beni e coll'inventario; e che fra l'erede e l'eredità beneficiata si forma un vincolo, che in quella giacente non esiste. E vi ha un'altra ragione perentoria oltre a quelle dette dal Borsari; ed è questa: che la legge non ha stabilito alcun'eccezione a favore dell'eredità giacente. Il Codice francese aveva creduto opportuno di disporre che la prescrizione corre contro la medesima (art. 2258): il nostro tacque, perchè un espresso disposto non era necessario in una materia eccezionale, dove non si ammettono altre deroghe al Diritto Comune, che quelle enunziate in modo positivo dal legislatore.

192. — Ed ora passiamo all'altra categoria; delle cause cioè che, sebbene sospendano il corso della prescrizione soltanto in favore di certe determinate persone, valgono contro ogni sorta di

(1) Laurent, XXXII, n. 70; Troplong, *Prescr.*, n. 808.
(2) *Comm. Cod. civ.*, n. 4402.

persone, ed in questo appunto differiscono da quelle della prima classe, che abbiamo di già esaminato.

Alcuni insigni scrittori (1) si sono affaticati a dimostrare che le cause di sospensione stabilite in questa seconda categoria non derivano dalla massima tradizionale: " Contra non valentem agere non currit praescriptio „. Sebbene la dottrina sostenuta da codesti autori sia giusta ed esatta, pure io credo che la loro sia fatica gettata per due ragioni perentorie. La prima è, che tutti i commentatori del Diritto civile, anche quelli che maggiormente hanno ampliato il campo d'azione della massima tradizionale, hanno tuttavia riconosciuto che ne restano fuori quelle cause, di cui ora dovremo occuparci. La seconda è, che il novero delle persone, contro le quali non corrono le prescrizioni, dimostra senza bisogno di maggior chiarezza che il favore loro accordato è del tutto estraneo all'influenza, che possa ancora esercitare la massima: *contra non valentem*. Perocchè o sono persone provviste di rappresentanti legali, che hanno l'obbligo di agire in loro nome e contro i quali esse hanno diritto di regresso in caso di negligenza, o sono persone intieramente capaci, alle quali non toglie e non diminuisce neppure la perfetta capacità di agire la momentanea difficoltà di fatto in cui versano attualmente. Si tratta adunque di norme positive, di eccezioni introdotte dal legislatore *utilitatis causa*, di benigni riguardi determinati da motivi di equità e d'interesse generale, che egli solo aveva obbligo e potere di valutare e che ha sovranamente valutati. L'interpretazione restrittiva è di rigore, e qualunque estensione per argomenti di analogia dev'essere rifiutata, perchè quei motivi di equità, che non furono sanciti dal legislatore, non possono essere tenuti in conto alcuno dall'interprete e dal giudice. Questo riflesso di natura generale e preliminare ci dispenserà da inutili ripetizioni caso per caso.

193. — La prima delle cause comprese in questa categoria è quella stabilita dall'art. 2120 Cod. civ. in favore dei minori non emancipati e degli interdetti per infermità di mente. Il legislatore nella cura affannosa di non lasciar manomettere gl'interessi di questi incapaci, che non possono per sè soli agire e provvedere ai fatti proprii, oltre alle molte cautele sancite per la retta amministrazione dei loro beni e alle molte garanzie d'indennità in caso di colpevoli negligenze, credette opportuno di sospendere in loro favore il corso delle prescrizioni. Ed a mio avviso non senza una grave ragione. In molti casi occorrerà al tutore un non breve spazio di tempo

---

(1) Laurent, XXXII, n. 38 e segg.; Ricci, V, 165 e segg.

per prendere un'esatta conoscenza dei beni e dei diritti spettanti al minore ed all'interdetto. Come può il tutore, prima di aver esaminato i documenti e le carte di famiglia, e di aver assunto informazioni attendibili, conoscere con precisione i confini sempre incerti, spesso contestati delle terre appartenenti al suo amministrato ed impedire le usurpazioni che dai vicini si vadano perpetrando? Può talvolta accadere che la prescrizione acquisitiva cominciata da molto tempo venga a compimento entro pochi giorni dall'assunzione della tutela e prima che un tutore, per quanto diligente, possa conoscere i diritti del suo pupillo e provvedere alla loro difesa. In questi casi non si potrebbe addebitare alcuna colpa al tutore giusta la massima stabilita per un caso analogo dal Diritto Romano: " Plane, si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit, quod imputabitur marito " (1). E l'amministrato, non competendogli alcuna ragione di regresso, soffrirebbe un danno irreparabile. Un danno siffatto apparve ingiusto al legislatore, ed iniquo il vantaggio che l'usucapiente ritrarrebbe dalla *materiale* impossibilità di agire, in cui realmente versa il minore o l'interdetto; danno per l'uno, vantaggio per l'altro che egli ha rimosso, anteponendo alla ragion giuridica, su cui posa la prescrizione, i motivi di morale e di equità, che militano per queste persone incapaci.

La redazione del nostro art. 2120 ha posto fine ad un dubbio che erasi sollevato in Francia, se cioè l'art. 2252 di quel Codice, che parlava in genere di minori, comprendesse anche gli emancipati. I più autorevoli Commentatori sostenevano l'affermativa, perchè il disposto non faceva distinzione, e perchè pareva incoerente che il legislatore, il quale aveva proibito al minore emancipato di alienare direttamente il suo patrimonio immobiliare, gli consentisse poi di alienarlo con un mezzo indiretto, qual'è l'usucapione (2). Sulle stesse orme aveva camminato il Cod. Albertino nel suo art. 2386. Ma l'italiano tenne contraria via. Il nostro legislatore ha considerato che il minore emancipato è ritenuto ormai capace di provvedere da sè ai suoi affari sicchè non puossi ragionevolmente accordargli una difesa eccezionale, che è l'espressione del contrario, e che, avendo i poteri necessari per amministrare, ha anche il dovere di difendere da sè i suoi diritti; ed infine che l'emancipazione può essere revocata, ogni qualvolta gli eventi comprovino eccessiva e fallace la fiducia che si era riposta nell'emancipato (3).

---

(1) Fr. 18, D. *de fundo dotali*, 23, 5.
(2) Troplong, *Prescr.*, n. 740; Laurent, XXXII, n. 46.
(3) *Idem*, Borsari, Op. cit., § 4403.

Gli interdetti, a cui si riferisce il disposto in esame, sono quelli dichiarati tali in forza di sentenza del giudice competente. La sospensione comincia dal giorno della pubblicazione della sentenza senza bisogno di notificazione, come emerge dal letterale disposto dell'art. 328 Cod. civ. " L'interdizione produce il suo effetto dal giorno della sentenza „ (1). Ma tutto il tempo precedente alla sentenza è abbandonato al Gius comune, sebbene già esistesse, ed operasse, e producesse un'incapacità reale di agire quel morbo che poi determinò la pronuncia dell'interdizione.

In Francia si agita la questione, se la sospensione debba estendersi agli interdetti per condanna penale. L'art. 2120 del nostro Codice risolve la questione nel senso più ristrettivo, poichè limita il beneficio agli *interdetti per infermità di mente*. Il che è tanto più significativo, perchè il precedente articolo 2219 stabilisce che le prescrizioni non corrono fra l'interdetto ed il suo tutore senza distinguere l'una specie di interdetti dall'altra (2).

193bis. — In secondo luogo la prescrizione non corre contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, ancorchè non assenti dal Regno. Teoricamente essi possono provvedere alla tutela dei proprii diritti, nominando procuratori che li rappresentino durante il servizio di guerra; praticamente il rimedio sarebbe sempre dispendioso e pericoloso per la imperizia od ignavia dei procuratori, spesse volte anzi del tutto impossibile. Del che agevolmente si convincerà chiunque consideri l'immensa moltitudine di uomini, di cui si compongono i moderni eserciti. È senza dubbio un favore quello che la legge accorda ai militari combattenti sotto le patrie bandiere disponendo che la prescrizione non corra a loro danno; ma un favore che si giustifica da sè stesso, non un vieto avanzo dei privilegi che i Cesari compiacenti pel bisogno, che avevano dell'appoggio delle indisciplinate legioni, prodigavano ai soldati (3).

Perchè si possa applicare questo eccezionale disposto, debbono concorrere i requisiti voluti dall'art. 2120. È mestieri che il militare sia in servizio attivo; e che sia dichiarata la guerra. Quale

---

(1) La disposizione dell'art. 328 Cod. civ. rende inammessibile l'opinione sostenuta dal Mirabelli, Op. cit., 55, che la sospensione cominci soltanto al momento, in cui la sentenza d'interdizione sia passata in giudicato. Non appena vi ha la pronunzia d'interdizione sia pure di primo grado, la prescrizione si arresta, salvochè la sospensione si considererà come non avvenuta se nei superiori gradi di giurisdizione la pronunzia venga revocata. Vedi in questo senso C. A. Torino, 29 gennaio 1897, *G. T.*, 1897, 400.

(2) Conforme Tribunale Campobasso, 19 dicembre 1870, *Gazz.*, n. XXIII, 651.

(3) *Idem*, Ricci, V. n. 147.

sia il servizio attivo, è detto dai Regolamenti militari. Lo stato di guerra è dichiarato con Decreto reale. Ma l'art. 2120 espressamente stabilisce che non è necessario per godere del beneficio da esso largito che il militare sia assente dal Regno.

194. — Le cause, che abbiamo finora investigato, arrestano l'opera della prescrizione per benigni riguardi a certe persone privilegiate. Ora se ne presenta un'altra nella quale la sospensione è determinata dalla natura del diritto. L'art. 2120 dispone che le prescrizioni non corrono riguardo al fondo dotale proprio della moglie ed al fondo specialmente ipotecato per la dote e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali durante il matrimonio.

L'origine di questo disposto deve ricercarsi nella Romana Giurisprudenza. Si crede che l'antico Gius Civile concedesse al marito la proprietà piena ed irrevocabile delle cose che la moglie gli portava in dote. L'acquisto della proprietà era anzi la conseguenza necessaria del matrimonio accompagnato dalla *in manum conventio*, per effetto della quale la moglie cadeva sotto la potestà del marito, ed assumeva la qualità di *filia-familias*. Questo stato di cose venne posteriormente modificato dalla Legge Giulia, la quale coartò i poteri del marito vietandogli l'alienazione del fondo dotale, e quindi eziandio l'usucapione, che ai Giureconsulti classici pareva, relativamente alle persone incapaci, una specie di alienazione larvata (1). La Legge Giulia era imperfetta da due lati: perchè proibiva di alienare i fondi Italici costituiti in dote e taceva di quelli provinciali, e perchè, mentre proibiva d'ipotecare il fondo dotale anche col consenso della moglie, permetteva di alienarlo, quando la moglie acconsentiva (2). Giustiniano credette opportuno di modificare la Legge Giulia estendendone il divieto ad ogni sorta di fondi e ad ogni specie di alienazione, anche col consenso della moglie (3).

Nel sistema della Legge civile imperante è cessata la ragione che aveva determinato il divieto sancito dalla *Lex Julia*, poichè il diritto del marito sulle cose dotali, eccettuati alcuni pochi casi in cui la costituzione dotale ne importa l'alienazione al marito il quale resta debitore del loro prezzo, è ristretto all'amministrazione ed al temporaneo godimento delle cose stesse. Il motivo, per cui

---

(1) Fr. 28, D. *de V. S.*, 50, 16. Fr. 16, D. *de fundo dotali*, 23, 5. Vedi Voet, *ad Pand.*, *de Fundo dot.*, n. 2; Maynz, *Cours de droit romain*, III, § 311.

(2) Pr. I, *quibus alienare*, 2, 8.

(3) Pr. I, *quibus alienare*, 2, 8 e l. un., § 11, C. *de rei uxor. act.*, 5, 13. Vedi Voet et Maynz, l. c.

l'usucapione rimane ferma a riguardo del fondo dotale, non istà più nel bisogno d'impedire larvate alienazioni al marito, il quale già in forza delle norme generali non potrebbe alienare cosa non sua, ma devesi attribuire a quel favore di cui tanto il Diritto antico quanto il moderno hanno creduto degna la dote. Risuona ancora oggidì nelle veglianti Leggi l'antico aforismo: " Interest Reipublicae mulieres dotes salvas habere „ (1).

Il fondo, a cui riguardo non corrono le prescrizioni, è quello dotale proprio della moglie. Tale è l'immobile costituito in dote quantunque con istima, purchè questa siasi fatta *taxationis causa* e senza dichiarazione, che essa ne producesse la vendita (art. 1402 Cod. civ.). Tale l'immobile acquistato col danaro dotale, quando nel contratto di matrimonio siasi stipulata la condizione dell'impiego; oppure quello dato in paga della dote costituita in danaro (articolo 1403 Cod.).

Non si comprende perchè quest'articolo espressamente richieda che il fondo sia *proprio della moglie*, dacchè il fondo costituito in dote è già tale di sua natura nel sistema della nostra Legge civile. Salvo che il legislatore abbia voluto significare con quell'aggiunta che il fondo, a cui riguardo non corre la prescrizione, deve appartenere in proprietà piena ed assoluta alla moglie, escludendo quindi le ipotesi che la moglie non ne abbia che l'usufrutto o l'enfiteusi.

Giova poi osservare che la parola fondo non è qui adoperata nel senso rigoroso di immobile rurale (2): " Fundus est quidquid solo tenetur „, sibbene come equivalente di immobile e comprendente quindi ogni sorta di edifizii e di poderi con quell'ampia significazione che era già stata accolta dalla Romana Giurisprudenza: " Fundi appellatione omne edificium et omnis ager continetur „ (3), specialmente poi trattandosi di predio dotale: " Dotale praedium accipere debemus, tam urbanum, quam rusticum, ad omne enim edificium Lex Julia pertinebit „ (4).

Il nostro legislatore non si è appagato di provvedere alla sicurezza del fondo dotale, ma ha eziandio sospeso le prescrizioni riguardo al fondo specialmente ipotecato per la dote e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali. A dir il vero, quest'estensione del favore a riguardo dei diritti dotali appare poco razionale, e resiste ad ogni tentativo per quanto ingegnoso di giustificazione.

---

(1) Fr. 2, D. *de jure dotium*, 23, 3; *Idem*, Fr. 1, D. *soluto matrim.*, 24, 3; Fr. 18, *de reb. auct. jud.*, 42, 5.

(2) Fr. 115, D. *de verb. sign.*, 50, 16.

(3) Fr. 211, *eod.*

(4) Fr. 13, D. *de fundo dotali*, 23, 5.

E così esorbitante dal giusto è sembrata ad alcuni Insigni Scrittori, che si sono sforzati di restringerla all'ipoteca concessa alla moglie in garanzia della dote e delle convenzioni matrimoniali, e non al fondo specialmente ipotecato a tal uopo. Importa alla società, dicono essi, che le doti siano salve, e per ottenere tale scopo giustamente venne arrestato il corso delle prescrizioni riguardo al fondo dotale proprio della moglie; ma per converso, quando sia salva l'ipoteca iscritta in pro della donna, nulla importa che il fondo specialmente ipotecato esca dalle mani del marito o di quell'altra persona che l'ha concessa.

A questo ragionamento io sottoscriverei di gran cuore in diritto costituendo; ma in diritto costituito no. La lettera della legge è troppo esplicita; essa sottrae all'impero delle prescrizioni non la sola ipoteca, ma tutto il fondo ipotecato, e, sebbene si tratti di disposto eccezionale, la volontà del legislatore così chiaramente espressa vuol essere applicata in tutta la sua estensione. A persuadere che tale è la volontà del legislatore, ricorre quest'altro argomento. L'art. 2121 Cod. civ. detta che nella prescrizione di trent'anni non hanno luogo riguardo al terzo possessore le cause d'impedimento enunciate nell'art. 2120, fra cui quella riguardante il fondo specialmente ipotecato in garanzia delle ragioni dotali. Se la sospensione fosse limitata alla sola ipoteca, il disposto che stiamo esaminando sarebbe del tutto ozioso, perchè l'ipoteca a tenore dell'art. 2030 Cod. civ. si estingue soltanto colla prescrizione trentennale.

Giova notare che la legge accordando la sospensione al fondo *specialmente ipotecato* per la dote e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali, chiaramente designa che soltanto un'ipoteca convenzionale appositamente stipulata, e non già la ipoteca legale stabilita dal n. 4 dell'articolo 1969 Codice civile può produrre la sospensione.

194bis. — L'usucapione è arrestata tanto nel caso in cui abbia cominciato prima, quanto in quello in cui abbia cominciato dopo il matrimonio. Il Diritto Romano aveva all'opposto stabilito che la costituzione dotale non producesse interruzione del possesso: " non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si antequam constituatur dotalis fundus jam coeperat " (1); ma imponeva al marito l'obbligo di rivendicare il fondo e lo teneva responsabile dei danni se trascurava questo suo dovere. A dire

---

(1) Fr. 16, D. *de fundo dotali*, 23, 5.

il vero, le Leggi Romane erano più logiche, poichè, anche ammessa la necessità di sospendere l'usucapione del fondo dopochè questo è già diventato dotale, non si riesce a giustificare il disposto, per cui la costituzione del fondo in dote arresta il corso dell'usucapione già incominciata dal terzo. Tuttavia non si può aderire al Troplong (1), il quale sostenne che anche oggidì si debba osservare la regola sancita dal Diritto Romano. Qualunque valore possa avere una tale interpretazione di fronte al testo del Codice francese confuso e scorretto, certo è che essa è insostenibile in faccia al nostro, che *disertis verbis* impedisce alle prescrizioni di correre riguardo al fondo dotale senza distinguere se siano cominciate prima o dopo il matrimonio. La dottrina insegnata dal Troplong pugna poi ancora coll'efficacia consueta della sospensione, il cui effetto normale è appunto quello di arrestare le prescrizioni già cominciate, e con quell'intendimento di affannosa tutela, mercè la quale il legislatore si studiò di procacciare la sicurezza delle doti. Ed è davvero da augurarsi che tante cure raggiungano lo scopo vagheggiato, e che in onta ad esse le doti non abbiano a sfumare per vie indirette.

La sospensione è dalla legge espressamente limitata al tempo del matrimonio; e perciò nel momento stesso, in cui questo si scioglie, l'usucapione riprende il suo corso.

La separazione personale non è scioglimento del matrimonio (2), e quindi anche durante il tempo della separazione rimane sospesa l'usucapione.

Vediamo ora a quali diritti si estenda la sospensione, se cioè sia limitata all'usucapione della proprietà del fondo dotale, od al contrario impedisca eziandio l'acquisto di qualunque diritto reale, che lo possa gravare, come una servitù, un'enfiteusi, un usufrutto. A quest'ultima opinione ci fa propendere la forma così ampia ond'è concepito il testo di legge. D'altra parte i motivi, che hanno indotto il legislatore a sospendere l'usucapione della piena proprietà, valgono anche in ogni altro caso. Ed infine questa era la dottrina professata dai Giureconsulti Romani nell'interpretare la *Lex Julia*, la quale si può chiamare la lontana progenitrice del disposto che stiamo esaminando: " Julianus lib. XVII digestorum scripsit, neque servitutes fundo debitas posse maritum amittere, neque ei alias imponere " (3).

---

(1) *Prescr.*, n. 755.

(2) Vedi sopra n. 189.

(3) Fr. 5, D. *de fundo dotali*, 23, 5; *Idem*, Fr. 3, § 5, D. *de reb. eor. qui sub. tut.*, 27, 9. Conformi Voet, *ad Pand.*, *de fundo dotali*, n. 2; Duranton, n. 305.

195. — Passiamo ora alla terza categoria delle cause sospensive.

L'art. 2120 Cod. civ. stabilisce che le prescrizioni non corrono riguardo:

ai diritti condizionali, sino a che la condizione non siasi verificata;

all'azione in garantia, sino a che non abbia avuto luogo l'evizione;

ad ogni altra azione, il cui esercizio è sospeso da un termine.

196. — Se vi ha parte in tutta la teoria dell'usucapione, che abbia dato origine a questioni ardue ed agitatissime, è certamente questa. La maggior parte dei vivaci contrasti è dovuta a quella confusione dell'acquisitiva coll'estintiva, che ho più volte censurato. Solo tenendo ben distinti i rapporti, ed osservando con cura se siano soggetti piuttosto all'una che all'altra allo scopo di non applicare a quella le norme ed i principii, che a questa esclusivamente convengono, si potrà ridurre ad una nozione precisa e perspicua il disposto legislativo.

Non è inutile di rammentare, ciò che è fondamentale, che l'usucapione è un titolo di acquisto della proprietà o di un diritto reale, mentre la prescrizione estintiva è un mezzo con cui taluno libera sè da un'obbligazione o la sua proprietà da un onere. Questo criterio di distinzione fra i due istituti ci conduce per logica conseguenza a stabilire, che ogni qual volta la sostanza del rapporto controverso consiste in un'azione, esso deve avere per suo correlativo la prescrizione estintiva per la cui virtù l'azione stessa si consuma.

Applicando questo criterio, si scorge senz'altro che la sospensione della prescrizione riguardo all'azione in garantia, fino a che non abbia avuto luogo l'evizione, concerne esclusivamente la prescrizione estintiva. Ciò è generalmente ammesso: ed in verità non potrebbe elevarsi il menomo dubbio, poichè quest'azione è il suggello dell'obbligazione incombente all'alienante di garantire al compratore il pacifico possesso della cosa cedutagli e di risarcirlo nel caso contrario, donde segue colla massima evidenza che il diritto, a cui tutela è concessa l'azione in garantia, è personale. L'usucapione può influire su questo rapporto, ma in una maniera affatto diversa da quella contemplata dal nostro articolo, producendo cioè la definitiva liberazione dell'alienante dall'obbligo della garanzia, come venne a suo luogo dimostrato (1).

(1) V. sopra n. 88[bis].

197. — Ed ora passiamo ai diritti condizionali. Nell'ampia dizione dal nostro legislatore adoperata per troncare le controversie, a cui aveva dato luogo il corrispondente disposto del Codice francese, sono compresi tanto i diritti d'obbligazione, quanto quelli reali. Giova ancora notare che la condizione, a cui si accenna, è quella sospensiva; poichè i diritti soggetti a condizione risolutiva intanto si considerano come puri, salvo a risolversi quando si avverì la condizione (1).

Alla dizione ampliata del nostro articolo è da attribuirsi la decisa prevalenza, che presso di noi ottenne la dottrina, che la sospensione della prescrizione disposta dal legislatore come conseguenza della stipulata condizione influisca tanto sulla acquisitiva, quanto sulla estintiva. È questa la dottrina, che era stata accolta con maggior favore dai Tribunali francesi, benchè gli Scrittori in generale la respingessero, forti della lettera del testo, che faceva menzione delle sole *créances*, forti più ancora della ragion intima delle cose, la quale c'insegna che l'usucapione fondata sull'opera del possessore è indipendente dal fatto di colui, contro cui decorre. L'usucapione ha precisamente lo scopo di togliere il diritto, a chi prima ne era il *legittimo proprietario,* e non si vede alcun motivo, per cui nel caso controverso non abbia a produrre il suo solito effetto.

La disputa non avrebbe avuto luogo, e tanti vivaci contrasti sarebbero stati risparmiati, se pur troppo non si fosse posta in oblio l'esatta nozione degli istituti giuridici. Già lo dissi, e mi giova ripeterlo. La questione vera non cadeva sul vedere, se i diritti reali dovessero o no comprendersi nell'infelice testo di legge, il quale restringendosi a parlare delle sole *créances* si era da sè stesso ridotto alla condizione del letto di Procuste. La discussione di questo primo punto altro non doveva essere che la preparazione ad altre più gravi indagini: se cioè, pur concesso che i diritti reali potessero trovar luogo nel disposto, dovesse senz'altro ammettersi che questo potesse concernere anche l'usucapione e se, nel caso affermativo, i diversi rapporti giuridici non rendessero necessarie diverse soluzioni in luogo di una sola generale.

---

(1) Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, pag. 1091, osservano: che la condizione risolutiva per una parte è sospensiva per l'altra, e che quindi in generale è più esatto il dire che sotto l'espressione " diritti condizionali " si comprendono in genere i rapporti sospesi da condizione. Ma è facile rilevare che, dato un negozio giuridico sotto condizione risolutiva, si è la situazione del titolare del diritto, pel quale la condizione ha una funzione sospensiva, che è presa in considerazione dall'art. 2120, e che perciò è vera ed esatta la proposizione contenuta nel testo.

Ma si corse per altra via. Si partì dalla supposizione della connessione necessaria tra i diritti reali e la usucapione per giungere o alla conseguenza di ritenere che il disposto si limitasse alla prescrizione estintiva delle sole obbligazioni, o a quella opposta che esercitasse un'influenza illimitata anche sull'acquisitiva. Ora la supposizione è assolutamente infondata. Tutti i diritti si prescrivono, anche i reali; uno solo fa eccezione, il dominio, come altrove ampiamente si è spiegato (1). Dal che segue, che pur ammesso che il disposto francese comprenda implicitamente anche i diritti reali, come espressamente il nostro, non può ancora dirsi completamente risolta la questione; poichè rimane ancora a stabilire quale influenza eserciti la condizione, da cui l'acquisto derivativo del diritto reale è sospeso, sulla prescrizione acquisitiva, che ha per suo oggetto la cosa stessa; ed in quali limiti ed in quali casi la sospensione stabilita genericamente dal disposto di legge possa applicarsi.

197 *bis*. In questa ricerca bisogna procedere per distinzioni. È certo anzitutto che nei rapporti fra le parti, che hanno concorso a creare il negozio giuridico condizionale, il disposto non può essere applicato. Ciò è consono ai principii. Tra le parti impera la convenzione la quale segna i confini dei diritti rispettivamente spettanti a ciascuno dei contraenti. Il possesso è stato determinato da un titolo; ed è precetto di legge che nessuno può da sè mutare la causa del suo possesso. Dunque fino a che la condizione non si sia verificata, il possesso avuto dall'alienante o dall'acquirente, secondochè la condizione è sospensiva o viceversa risolutiva, non può essere mezzo di usucapione. Non lo può essere anche per quest'altro motivo che, mentre la condizione pendeva, l'alienante o l'acquirente nelle varie ipotesi mentovate non era un semplice possessore, ma il vero ed unico proprietario, ed all'altro contraente spettava una semplice *spes juris*. Al verificarsi della condizione le cose mutano completamente. Il proprietario diventa un semplice possessore e da quel punto può cominciare ad usucapire (2); per contra la *spes juris* dell'altra parte si converte in diritto perfetto; il suo titolare diventa un proprietario, contro cui corre l'usucapione (3).

Da questi principii ovvii ed elementari si è discostato il Ricci nella specie da lui proposta come esempio di applicazione: Un fondo è legato sotto la condizione: *si navis ex Asia venerit;* l'esercizio del dominio sul fondo stesso pendente la condizione è presso dell'erede,

---

(1) Sopra n[i] 17 e 57.
(2) Vedi sopra n. 166.
(3) Confor. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 398.

nè al legatario è dato d'impedirlo reclamando il fondo, sinchè la nave non sia giunta dall'Asia. Adunque non è possibile che l'esercizio del diritto di dominio da parte dell'erede possa servire di fondamento all'acquisto del diritto stesso mediante prescrizione (1). Il ragionamento del Ricci è assolutamente antigiuridico. Pendente la condizione, a cui è subordinato il legato, il legatario non ha ancora acquistato alcun diritto. E se non ha ancora alcun diritto è ovvio che non possa esercitarlo, e che il non uso non induca prescrizione di sorta. L'erede non ha soltanto l'esercizio del dominio sul fondo, come poco correttamente dice il Ricci, ma è il vero e solo padrone della cosa legata condizionalmente (2), e per ciò il suo possesso non può essere un mezzo per usucapire. Se la condizione si verifica, il legatario diventa *ipso jure* proprietario della cosa legatagli, e l'erede, tenuto a fargliene la consegna a semplice richiesta, un possessore senza titolo, contro del quale al legatario competono due azioni, la personale derivante dal testamento e la *rei vindicatio* in virtù della proprietà già acquisita. Ma se per trent'anni tace e lascia che l'erede eserciti sulla cosa un legittimo possesso, si estinguono entrambe le azioni, e nello stesso punto si compiono le due prescrizioni, e così la proprietà passa e si consolida nelle mani dell'erede. L'usucapione ha adunque cominciato soltanto dopo l'avverarsi della condizione. Ma il vero motivo di ciò non è già da cercarsi nell'opera sospensiva della condizione medesima, sibbene nel difetto di un possesso formale, che non è concepibile fino a che l'erede possiede come vero proprietario ed ha il possesso causale.

198. — La regola, che abbiamo stabilito nel numero precedente a riguardo di colui che si è obbligato di trasferire ad altri la proprietà di una cosa al verificarsi di una condizione, si estende anche ai suoi aventi causa. L'estensione è voluta dai principii. Il successore a titolo particolare è stato rappresentato in tutti quei rapporti relativi alla cosa a lui trasferita, che restano su di questa impressi, dal suo autore, nella cui condizione, come nel cui luogo egli sottentra. Tutti i rapporti di tal genere sono soggetti alla massima: che il dominio si trasferisce *cum sua causa* (3). In coerenza

---

(1) Ricci, V, n. 168.

(2) Tant'è che può rivendicarla dallo stesso legatario che indebitamente se ne fosse impossessato. Fr 32, § 1, D. *de Legatis*, II: " Fundum ante conditionem completam ab erede non traditum, sed a legatario detentum, heres vindicare cum fructibus potest ".

(3) Il concetto e la espressione sono del Diritto Romano: Fr. 67, D. *de contrah. empt.*, 18, 1, " alienatio cum fit, *cum sua causa* dominium ad alium

a queste premesse devesi ritenere che il proprietario attuale è stato rappresentato dal suo autore nel rapporto condizionale, di cui per logico corollario è obbligato a rispettare le conseguenze tutte, quella compresa di restituire la cosa al titolare della *spes juris* al verificarsi dell'evento prestabilito.

Per un altro ordine di considerazioni si giunge allo stesso risultato. Mentre pende la condizione, il titolare del diritto risolubile è un proprietario, il cui diritto si uguaglia a quello degli altri proprietarii fuor che in questo, che non è irrevocabile. Nel contenuto di questo suo diritto sta la potestà di disporre della cosa in quei modi, che meglio gli aggradano, sia alienandola, sia sottoponendola a oneri reali di qualsiasi genere (1). I negozii giuridici, con cui egli effettui tale sua potestà, sono conformi in tutto all'ordinamento giuridico. Donde segue dall'un lato che lo stato di cose creato da ciascuno di tali negozii giuridici è legittimo fin *ab initio* e respinge l'opera della usucapione, la cui funzione consiste nel convertire in istato giuridico uno stato di fatto originariamente illegale; e dall'altro che appunto perchè l'alienazione della cosa non costituisce un attentato alle ragioni del titolare della *spes juris,* costui non ha alcun mezzo per impedirla e non ha alcuna azione per farla annullare, e che essendo nella impossibilità di agire, viene a mancare l'inerzia di lui, cioè l'elemento negativo dell'usucapione.

Dai riflessi fin qui svolti discende un'altra conseguenza in tutto consona a quelle già esposte. Poichè il titolare del diritto risolubile ha la potestà, mentre la condizione pende, di disporre della cosa, e poichè l'atto da lui compiuto è completamente legittimo, segue che il terzo, che da lui acquista la cosa o un diritto sulla cosa, ha fatto un acquisto valido e perfetto, e che non ha più nè bisogno nè possibilità di usucapire, perchè *res statim emptoris fit,* e l'usucapione, come altrove ho osservato (2), non può concorrere con un altro modo di acquisto. Per certo il diritto passa all'avente causa colle stesse qualità e quindi col carattere di revocabilità che aveva presso il suo autore. Per tanto ove la condizione manchi, cessata la causa di revocabilità, l'acquisto si consolida definitivamente e

---

transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset; idque toto jure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum ". Fr. 24, § 1, *de fideicomm. libert.*, 40, 5: " cum sua causa alienatur ". V. anche Fr. 54; 175, § 1; 177, D. *de R. I.*, 50, 17; Fr. 20, *pr.*, § 1, D. *de a. r. d.*, 41, 1.

(1) Tanto la facoltà del titolare del diritto risolvibile di disporne a suo talento, quanto la revocabilità delle disposizioni da lui fatte sono formalmente stabilite dal Diritto Romano. Fr. 81, *pr.;* 69, § 1, *de Legatis,* 1; Fr. 105, D. *de cond. et demonst.*, 35, 1; Fr. 15, D. *de reb. dub.*, 34, 5.

(2) Sopra, n. 25.

il diritto dal terzo acquistato diventa irrevocabile; ove invece si compia, il diritto *sub conditione* diventa puro, e si risolve invece quello che prima competeva al titolare del diritto risolubile e ai suoi aventi causa.

Tutto questo è conforme alla regola giuridica: *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis;* la quale con eccezioni e temperamenti, di cui non è compito mio l'occuparmi, è accettata nel sistema legislativo imperante, come consta dal fatto che essa è il presupposto di alcune disposizioni dettate per casi particolari. Così l'art. 1976 Cod. civ. sancisce che l'ipoteca costituita da colui, che ha sull'immobile un diritto risolvibile in casi determinati, è soggetta alle medesime eventualità. In altre parole l'ipoteca è sottoposta alla stessa causa di risoluzione che il diritto del concedente. Altra disposizione analoga è quella dello art. 665 Cod. civ. riguardo alla servitù costituita dall'enfiteuta. Questi ha sul fondo una somma tale di poteri che da molti si equiparò il suo diritto al dominio (sopra n. 31); e può anche imporre servitù sul fondo enfiteutico. Ma il diritto dell'enfiteuta è risolubile, di guisa che la servitù da lui costituita presenta una situazione giuridica identica all'ipoteca contemplata nell'art. 1976. Di fatto la legge applica la stessa regola disponendo che cessando l'enfiteusi cessino anche le servitù stabilite dall'enfiteuta, e ciò quand'anche il loro esercizio avesse durato cogli opportuni requisiti tutto il tempo necessario al compiersi dell'usucapione. Insomma il concessionario non può avere un diritto maggiore o più longevo che il suo autore. Questo proclamano gli art. 665 e 1976 Cod. civ.

198*bis*. — È opportuno rilevare che il problema, intorno a cui ci affatichiamo, è limitato, per quanto concerne la usucapione, al caso, in cui il rapporto condizionale ha per suo oggetto la proprietà; laddove gli altri casi, in cui oggetto di tale rapporto sia stato un diritto reale speciale, la questione farebbe capo esclusivamente alla prescrizione estintiva. Pongasi, ad es., che Tizio costituisca *sub conditione* un diritto reale sul suo fondo a favore di Caio; mentre la condizione è in sospeso, Tizio vende puramente e semplicemente il fondo o concede su di esso un usufrutto a Sempronio. È intuitivo che, ove la condizione venga a verificarsi, la sola questione che si può presentare è quella di vedere, se Tizio e i suoi aventi causa possano opporre a Cajo la prescrizione estintiva del diritto reale che egli aveva stipulato *sub conditione*.

198*ter*. — Le considerazioni esposte intorno alla situazione degli aventi causa dal titolare del diritto risolvibile debbono essere coor-

dinato colle norme positive sanzionate dalla Legge civile per la pubblicità degli atti traslativi della proprietà o degli altri diritti reali capaci di ipoteca, delle quali a complemento della trattazione dirò brevi parole.

Poichè dall'obbligo della trascrizione sono esclusi gli atti di ultima volontà, la posizione giuridica di chi acquista un diritto *sub conditione* in forza di una disposizione testamentaria non viene resa in alcuna guisa diversa da quella che precedentemente delineai.

Quanto ai trasferimenti per atti tra vivi, occorre notare che l'obbligo di trascrivere il proprio acquisto influisce soltanto sul diritto del primo acquirente, mentre non altera quello del secondo. Così posto che Tizio abbia comprato un fondo sotto condizione, e che, mentre questa pende, l'alienante lo abbia rivenduto ad un altro, poco importerà che questi abbia trascritto il proprio titolo di acquisto. Importerà invece per la diversità delle conseguenze il vedere se Tizio ha o non trascritto. Facciamo anzitutto la ipotesi che egli non abbia ciò fatto. In questa ipotesi, poichè la legislazione imperante non reputa stabilito il diritto in confronto dei terzi, il secondo acquirente, eccetto che nel contratto siagli stata denunziata la vendita anteriore ed imposto l'obbligo di rispettarla, diventerà *illico et immediate* proprietario della cosa, di guisa che, ove si verifichi la condizione, Tizio avrà soltanto un'azione personale contro l'alienante pel risarcimento dei danni (1). L'altra ipotesi, che siasi regolarmente eseguita la trascrizione del titolo di acquisto, presenta i termini tutti del problema più sopra discusso. La convenzione determina tra i contraenti il passaggio condizionale della proprietà o di quell'altro diritto reale che ne ha formato l'oggetto; la trascrizione lo rende pubblico ed efficace verso i terzi, i quali sono legalmente avvertiti che altri ha acquistato sulla stessa cosa un diritto reale, che si perfezionerà al verificarsi della condizione, e per la virtù retroattiva a questa inerente s'intenderà acquistato fin dal primo momento, e che viceversa i diritti concessi dal medesimo alienante in pendenza della condizione verranno a risolversi nello stesso modo che si risolve quello del concedente.

199. — Finora ci siamo occupati dei rapporti tra il titolare del diritto condizionale e quello del diritto risolvibile e suoi aventi causa. Ma avvi l'altra ipotesi di un terzo possessore della cosa sottoposta al diritto condizionale senza titolo o con titolo *a non domino*. Ad esempio, un fondo è legato sotto condizione sospen-

---

(1) Conf. TARTUFARI, *Effetti del possesso*, n. 815.

siva: intanto un terzo ne apprende il possesso o di suo arbitrio, oppure in buona fede acquistandolo da chi se ne vantava, ma non ne era il proprietario; oppure mentre pende la condizione, un terzo esercita sul fondo senza titolo o con titolo *a non domino* un diritto reale usucapibile. In questa ipotesi mi sembra certo in faccia ai principii che decorra la usucapione in favore del terzo possessore. Per lui è cosa *inter alios acta* la convenzione, colla quale venne creato il diritto condizionale; sicchè la condizione sospensiva non può opporre alcun ostacolo al possesso formale da lui esercitato, od eliderne gli effetti, e tanto meno risolvere nelle mani di lui al momento, in cui si verifica, una proprietà od un diritto che egli deve soltanto al suo possesso. L'usucapione è ordinata contro il proprietario; e non saprebbesi trovare alcuna buona ragione per escluderne in questo caso la consueta efficacia. Nè si dica, che la nostra teorica lascia completamente disarmato il titolare del diritto condizionale di fronte all'usurpatore e lo espone al pericolo di perdere il suo diritto mentre non ha ancora alcun mezzo per difenderlo. L'obbietto non regge. La nostra teorica non lascia disarmato colui che ha il diritto condizionale, soltanto lo obbliga a vigilare. Egli può e deve ricercare ciò che succede della cosa, che al verificarsi della prefissa condizione diventerà sua; ed ove altri ingiustamente la possegga, può obbligare il suo autore ad agire contro il possessore; e può anche, intentando l'azione conservativa largitagli dall'articolo 2126 Cod. civ., interrompere da sè stesso la prescrizione acquisitiva incominciata dal terzo.

Al principio logico e giuridico, che la sospensione sancita a riguardo dei diritti condizionali non può influire sulla prescrizione acquisitiva compiuta dal *terzo possessore*, ha derogato la nostra legge positiva. La deroga si desume dall'aver sostituito alla parola *créances*, usata nel corrispondente disposto del Codice francese, la dizione di ben più ampio significato — *diritti condizionali* —. Il valore di questa mutazione è manifesto, poichè in Francia la dottrina, che voleva limitare l'impero di questo disposto alla sola prescrizione estintiva, cercava un appoggio nella sua lettera. Ed è confermata dall'eccezione stabilita, quanto alla usucapione trentennale, in favore del terzo possessore di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile, la quale dimostra, che nel sistema del nostro Codice l'efficacia sospensiva della condizione costituisce la regola anche per la prescrizione acquisitiva.

200. — Il precetto di *jus singulare*, per cui l'esistenza del diritto condizionale costituisce una causa impeditiva dell'usucapione secondo i riflessi testè svolti, è temperata dal disposto dell'art. 2121

Cod. civ.: " Nella prescrizione di trent'anni non hanno luogo le cause d'impedimento enunciate nel precedente articolo riguardo al terzo possessore di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile ".

In altre parole l'impedimento prodotto dalle cause enunziate nell'art. 2120 è limitato alla usucapione decennale, laddove la trentennaria continua liberamente il suo corso. Questa limitazione è stata giustificata dal Pisanelli nella sua relazione (1) con far capo alla necessità di rendere stabili i dominii, senza che possa esservi giusto motivo di reclamo da parte degli interessati. Il Ricci (2) ha scritto che la prescrizione decennale è un'usucapione privilegiata, ristretta ai soli diritti immobiliari, bisognosa di certi speciali requisiti, laddove la trentennaria è generale, ed agisce sopra ogni sorta di cose e di diritti, salve le eccezioni tassativamente determinate dalla legge. Io penso, che ragioni giuridiche di questo disposto non si possono rintracciare. Il disposto rappresenta una transazione tra l'interesse universale, cui provvede la prescrizione acquisitiva, ed il favore, di cui si erano ritenute meritevoli certe persone e certi diritti. Il legislatore considerò che nel lungo periodo di trent'anni poteva e doveva essere eseguito qualche atto d'interruzione.

Dopo questi chiarimenti di carattere generale intorno all'articolo 2121, e riservando altre spiegazioni per quanto alle altre cause sospensive in esso contemplate (3) continuo per ora ad occuparmi soltanto dei diritti condizionali.

È manifesto che gli art. 2120 e 2121 formano sistema e che le ragioni poco addietro svolte portano a interpretare la dizione — terzo possessore — per possessore senza titolo o con titolo *a non domino*, e ad escludere gli aventi causa dal titolare del diritto risolubile, poichè per questi è inconcepibile la potestà di usucapire. È il terzo possessore senza titolo o con titolo *a non domino*, che può acquistare col possesso trentennario, mentre la condizione pende, la proprietà del fondo o un diritto reale sul medesimo. Il terzo possessore con titolo non è riguardato in questo art. 2121 per la semplice e perentoria ragione che non è contemplato nel 2120.

E per ciò riunendo le fila di tutto il ragionamento, riassumo le mie idee intorno al tema della usucapione dei diritti condizionali in questa distinzione:

---

(1) N. 235 e 236. Confor. Relazione Senatoria, n. 303. — *Collezione* GIANZANA, I, pagg. 151 e 355.

(2) V, n. 174.

(3) Infra, n. 202.

a) l'art. 2120 Cod. civ., che stabilisce la sospensione della prescrizione acquisitiva riguardo ai diritti condizionali, non trova i termini di applicazione nei rapporti tra le parti contraenti e neppure nei rapporti tra il titolare del diritto condizionale e gli aventi causa da quello del diritto risolubile; fra queste persone impera esclusivamente il contratto con tutte le sue conseguenze, quella compresa per cui, *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*, avuto il debito riguardo alle norme concernenti gli effetti della trascrizione. Segue che l'avente causa non è il terzo possessore dell'art. 2121 Cod. civ., e che non può valersi della prescrizione trentennaria;

b) l'art. 2120 ha relazione col terzo possessore senza titolo o con titolo *a non domino*, riguardo al quale per un precetto di *jus singulare* è impedita la usucapione decennale. Il terzo possessore senza titolo è quindi in condizione pari al possessore con titolo *a non domino*, poichè entrambi usucapiscono in trent'anni. Il sistema stabilito dall'art. 2120 ha quindi l'effetto di escludere l'applicazione dell'art. 2137 Cod. civ.

201. — La distinzione tra le due diverse categorie di possessori è stata fatta segno a discussioni e a critiche dopo la 1ª edizione di questo trattato, nella quale era stata per la prima volta proposta.

In questa seconda edizione ho preso in nuovo esame le idee da me allora svolte, ciò che mi ha condotto a modificare l'ordine della trattazione, pur tenendo ferma la loro sostanza, perchè le critiche non hanno potuto persuadermi che fossero errate.

Il punto della discordia è quello riguardante l'applicabilità dell'art. 2121 Cod. civ. agli aventi causa dal titolare del diritto risolubile. Si è sostenuto che anche essi debbono essere ammessi ad invocare la prescrizione acquisitiva trentennaria con argomenti di diverso genere desunti: dai precedenti storici della disposizione; dalla sua esegesi; dalla possibilità di possesso e di usucapione per parte dell'avente causa; dalla retroattività della condizione compiuta; dagli inconvenienti infine che deriverebbero dalla mia teorica.

È pregio dell'opera d'investigare queste diverse obbiezioni, rispondendo partitamente a ciascuna di esse.

Cominciamo dai precedenti storici. È vero che tanto nei lavori preparatorii del Codice Albertino (Motivi del Codice Albertino II, 740 e segg.) quanto nelle relazioni ministeriale e senatoria sul Codice civile Italiano (Collezione Gianzana, I, pag. 151 e pag. 355) si adduce, come ragione giustificante la disposizione, la necessità di stabilire un termine oltre il quale il terzo possessore non possa essere più molestato. Ma è vero altresì che da questi lavori pre-

paratorii nulla risulta che valga a fissare il significato della espressione — terzo possessore —. Anzi dai Motivi del Cod. Albertino emerge che lo sguardo del legislatore era rivolto alle rendite ossia censi, e che la prescrizione, che si intendeva di regolare o che quanto meno era oggetto di particolare sollecitudine, era la estintiva. Dunque i lavori preparatorii ben poca luce irradiano sul punto in contesa, e non forniscono un argomento sicuro per accogliere una tesi piuttosto che l'altra.

Si è anche affermato che la distinzione da me propugnata urta contro la retta interpretazione dell'art. 2121, perchè secondo la terminologia della legge terzo possessore è anche colui che ha causa dal debitore, come ne fanno fede gli art. 2013 e segg. Cod. civ. (1). Che in questi articoli, e in genere nella materia ipotecaria, — terzo possessore — voglia dire anche avente causa, non lo contesterò certamente. Ciò che contesto è che nell'art. 2121 Cod. civ. e specialmente per quanto ha tratto alla prescrizione acquisitiva la espressione abbia lo stesso significato, mentre tra le varie disposizioni manca affatto quella ragione di analogia, che occorrerebbe per render vera la identità del significato.

201[bis]. — Si è poi obbiettato che all'avente causa non fa difetto il possesso. È questo l'argomento a cui ricorre la dottrina francese per interpretare ristrettivamente l'art. 2258 Cod. Napoleone, ove si parla, non di diritti in genere, ma di crediti condizionali. È l'argomento su cui più che su ogni altro si insiste, e che si riproduce sotto diverse forme.

La dottrina francese così lo presenta: la usucapione ha per suo fondamento il possesso, ora l'avente causa possiede; e per tanto deve usucapire (2). A questo ragionamento rispondono a sufficienza le considerazioni esposte nel n. 198. Mi sia tuttavia concesso di aggiungere alcuni pochi rilievi. L'avente causa possiede; su ciò nessun dubbio, ma possiede perchè è proprietario; il suo è possesso causale, è l'esercizio del diritto a lui spettante, che non può condurre all'acquisto dello stesso diritto. Anche il titolare del diritto risolubile possiede, e a simil stregua dovrebbe anch'egli usucapire.

Nè sta quanto dai Signori Baudry-Lacantinerie e Tissier (3) venne opposto al Thézard (4) il quale aveva professato idee consimili alle mie: che cioè quantunque la cosa trapassi *cum sua*

---

(1) Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, I, pag. 1095.
(2) Laurent, XXXII, 28 e 32.
(3) Op. cit., n. 406.
(4) *Revue crit.*, XXXIII, pag. 394.

causa, tuttavia il successore può acquistare più di quanto gli ha trasmesso il suo autore, e che l'atto, con cui questi pose in essere il rapporto condizionale, è a lui opponibile purchè non sia stato colpito dalla prescrizione. Si scorge di leggieri la contraddizione che si annida in questa argomentazione. Se la cosa trapassa *cum sua causa*, *cum sua causa* viene posseduta dal successore; e se l'atto creativo del rapporto condizionale è a lui opponibile del pari che al suo autore, è congruo che, come questi, così egli non possa invocare alcuna prescrizione contro il titolare del diritto condizionale.

Nello stesso ordine di idee si aggira l'argomentazione con cui i professori Fadda e Bensa si studiano di dimostrare che non vi ha incompatibilità tra il fatto che l'avente causa è un proprietario e la potestà di usucapire. Per loro la usucapione della cosa propria è ammissibile, quando tende a far cessare la causa di risoluzione della proprietà, così come sono ammissibili la ipoteca del proprietario, la locazione, il comodato, il precario della cosa propria (1).

Ma checchè dicasi in contrario, la usucapione della cosa propria è sempre un assurdo mostruoso. L'incompatibilità non è soltanto formale, ma assolutamente materiale, perchè sarebbero conglobate in una sola persona la potestà di usucapire e quella di reagire contro l'usucapione mediante la rivendicazione. Ed è proprio per questo che vi ha un abisso tra il terzo possessore senza titolo o con titolo *a non domino* e il successore del titolare del diritto condizionale. Di fronte al primo abbiamo " chi ha la tutela della proprietà, che rappresenta, per così dire, il fondo „ per usare le parole dei professori Fadda e Bensa; di fronte al secondo questo tutore della proprietà non esiste, perchè è egli medesimo il legittimo proprietario, investito della potestà di possedere e di agire in rivendicazione. La usucapione, come viene concepita dai due professori, avrebbe una funzione liberatoria, sarebbe una specie di *usucapio libertatis*, che nel sistema attuale di diritto non ha più base.

Colla ipotesi in disamina non hanno alcuna affinità le ipotesi citate dai signori Fadda e Bensa, poichè esse riguardano casi in cui il proprietario per particolari condizioni si trova di fronte alla cosa propria nello stato di un terzo, e in cui è escluso ogni danno per chicchessia d'altri. Qui nulla di tutto questo: l'avente causa è proprietario e possiede come tale; d'altro lato concedergli d'usucapire allo scopo di eliminare la causa di risoluzione equivale a danneggiare il titolare del diritto *sub conditione*.

Ed il danno che si cagionerebbe a quest'ultimo sarebbe del

---

(1) *Note al Windscheid*, I, pag. 1095.

tutto ingiusto. Di vero perchè il diritto condizionale sia opponibile a chi succedette al titolare del diritto risolvibile, bisogna che sia stato reso pubblico mediante trascrizione (1). Il vincolo era noto al secondo acquirente; è quindi mestieri pensare che ne abbia tenuto calcolo nel prezzo di acquisto, ed è il caso di ripetere con Papiniano, Fr. 6, D., *de serv. export.* 18, 7: " quoniam hoc minoris homo venisse videatur ". Dunque, che il successore per titolo derivativo abbia interesse a liberarsi dal peso, sta bene, ma che tale suo interesse sia legittimo, e debba esser preso in considerazione, no di certo.

Ma sempre in quest'ordine di idee è mestieri far cenno di una obbiezione che io stesso aveva accennato nella 1ª edizione, e che a mio avviso è la più grave. Si potrebbe cioè obbiettare che le mie idee, se sono giuste e ragionevoli per quanto concerne la funzione di diritto civile, non lo sono poi del pari a riguardo di quella processuale; e che l'acquirente posteriore evocato in giudizio, dopochè la condizione si è avverata, ricorrerà alla sola funzione processuale, e senza curarsi del suo titolo di acquisto si limiterà a dare la prova del suo possesso trentennario. L'obbiezione trova una risposta nei termini stessi, che circoscrivono la questione. La funzione processuale cede sempre di fronte a quella di diritto civile, poichè essa in sostanza è il mezzo, con cui si prova che questa seconda funzione ottenne il suo effetto. Segue che ove non sia possibile questa, non è possibile neppur quella, perchè è assolutamente inutile il mezzo, se il fine non si può raggiungere. Quando in giudizio è provato che il possesso è cominciato in base ad un titolo proveniente dal comune autore, sarà vano ogni sforzo del secondo acquirente per convertire la sua condizione di legittimo proprietario, sebbene con proprietà revocabile, in quella di un semplice possessore. Il titolo qualifica il possesso, e prevale su di esso. Se il titolo non concede al secondo acquirente che un diritto risolubile, il possesso da lui esercitato non può eliminare quei rapporti giuridici, nella cui creazione egli venne rappresentato dal suo autore, nè i loro effetti.

201 *ter*. — Per combattere la distinzione si sono infine invocate la retroattività della condizione e l'ingiustizia di trattar peggio l'avente causa che il possessore senza titolo.

Quanto alla retroattività si è detto che per effetto di essa il titolare della proprietà risolubile, al momento in cui alienava la cosa o costituiva su di essa diritti reali, *ex post facto* deve consi-

---

(1) Vedi sopra n. 198*ter*.

derarsi come *non dominus*, e che per ciò l'avente causa *ex post facto* diventa anch'esso un acquirente *a non domino* capace di usucapire (1). Non vi ha bisogno di spendere parola a dimostrare che questa estensione della retroattività della condizione compiuta è irrazionale ed inaccettabile. La retroattività fu sancita a favore del titolare del diritto *sub conditione*, e a questo modo la si ritorce a suo danno. Del resto la retroattività risolve gli atti *medio tempore* posti in essere dal titolare del diritto risolubile, ma non li rende illegittimi.

La disparità tra l'avente causa e il possessore senza titolo è un fatto puramente materiale, privo d'importanza giuridica, perchè, data la diversità delle loro condizioni, tra quelle due categorie di possessori non è possibile alcun confronto. D'altro lato non è nè nuovo nè insolito nella materia della usucapione che il possessore, il quale non ha alcun titolo, si trovi in una condizione più vantaggiosa di colui che ha un titolo.

201*quater*. — I diritti sospesi da un termine, di cui è pur cenno nell'articolo 2120 Cod. civ., presentano per quanto alla prescrizione acquisitiva una situazione giuridica e di fatto identica a quella dei diritti condizionali. Nel tempo intermedio tra la stipulazione del contratto e lo scadere del termine si possono verificare quegli eventi, di cui abbiamo lungamente discorso nei numeri precedenti; e ad essi debbono applicarsi le stesse regole. Dicasi adunque che durante il tempo intermedio nè l'alienante nè i suoi successori a titolo particolare (purchè ben inteso l'acquisto a termine sia stato reso pubblico nei modi di legge) potranno usucapire per quelle ragioni, che abbiamo svolto in ordine agli aventi causa dal titolare del diritto risolubile. Al contrario nei terzi possessori nel senso più addietro stabilito dovrebbe secondo i principii riconoscersi la facoltà di usucapire, non potendo mettere ostacolo al possesso formale e all'usucapione la esistenza di un diritto a termine stipulato in un contratto, a cui essi sono completamente estranei; ed essendo per di più consentito dal vigente sistema legislativo non solo all'alienante, ma anche a chi ha stipulato l'acquisto a termine, di agire per far cessare lo stato illegittimo di cose creato dal possesso esercitato dal terzo. Ma interviene la legge colle disposizioni positive testè illustrate, per le quali il terzo possessore anche nella ipotesi di diritti a termine può bensì invocare la prescrizione acquisitiva trentennaria, ma non la decennale, sebbene di quest'ultima concorrano tutti i requisiti.

---

(1) Mirabelli, Op. cit., n. 38.

202. — La disposizione dell'art. 2121 Cod. civ. è dettata a riguardo non solo dei diritti condizionali, ma anche di tutte le altre cause sospensive enunciate nell'art. 2120. Resta ora di vedere a fronte di questi altri impedimenti chi sia — *terzo possessore* — autorizzato ad approfittare della usucapione trentennaria. Qui la questione è molto più semplice, non presentandosi di fronte a cotali cause sospensive i termini della distinzione sovra illustrata tra aventi causa e terzi senza titolo o con titolo *a non domino*. Secondo i principii generali dovrà dirsi che rispetto alle persone privilegiate terzo possessore è colui che nè direttamente nè mediatamente ha causa da esse, e non ha neppure un titolo ad esse comune.

Un esempio chiarirà il concetto. Tizio e Cajo comprano in comune una casa, della quale conseguentemente hanno il condominio. Muore Tizio, lasciando a suo successore un figlio in età minore. Cajo solo possiede e gode tutta la casa, non rendendo mai conto della sua gestione. Dopo il trascorso di più di trent'anni, il figlio di Tizio insorge a richiedere la parte a lui spettante della casa; Cajo oppone il possesso esclusivo da lui esercitato ed invocando l'eccezione stabilita dall'art. 2121 Cod. civ., pretende di essere diventato proprietario di tutta la casa. A mio avviso Cajo non è un terzo in confronto del minore, col quale anzi ha *titolo e causa comune*, e non può quindi giovarsi dell'eccezionale disposto dell'articolo 2121 Cod. civ. Donde segue che anche la prescrizione acquisitiva trentennaria rimase sospesa durante la minore età del condomino (1) e che Cajo non potè acquistare l'esclusiva proprietà di tutta la casa.

Tuttavia per quanto ristrettivamente debba intendersi la espressione — terzo possessore — è assolutamente inammessibile la singolare opinione professata dalla C. C. Napoli che il terzo possessore contemplato in questo articolo sia soltanto quello di buona fede. Disse quella Suprema Corte che il possessore di mala fede, il quale invoca il disposto dell'art. 2121, " dimentica per altro ciò che nel testo della legge è troppo chiaramente scritto, vale a dire, di non poter tale eccezione giovare che al terzo possessore: di-

(1) Confor. C. C. Torino, 16 marzo 1891, *G. T.*, 1891, 456. La stessa C. C., 11 giugno 1887, *G. T.*, 1887, 607, stabilì questa massima: " che non è terzo possessore ai sensi dell'art. 2121 Cod. civ. il proprietario del fondo dominante, il quale sia stato egli stesso autore dei fatti inducenti la servitù ". Non conoscendo il testo della sentenza, mi limito a citarne la massima, astenendomi da ogni commento, poichè mi mancano gli elementi di fatto per apprezzarne il significato ed il valore.

mentica di potersi dire tale solamente quegli che in buona fede acquisti con titolo abile di trasferire il dominio (art. 2137 Cod. civ.); dimentica finalmente che il Tribunale lo ritenne quale occupatore, non già come terzo possessore „ (1). Come queste strane idee abbiano potuto farsi strada nella mente di un Supremo Magistrato, è cosa incomprensibile. Nel testo della legge nulla è scritto di quanto alla Corte piacque di vedervi scolpito. E tanto più ingiustificabile è la sognata corrispondenza tra gli art. 2121 e 2137 Cod. civ., in quanto che l'eccezione sancita dall'art. 2121 è espressamente limitata alla sola trentennaria, alla quale non si può opporre il difetto di titolo o di buona fede (2).

203. — Lo studio degli impedimenti, che sospendono il corso dell'usucapione, non sarebbe completo, se non si esaminasse una controversia che vivamente si dibatte; se abbiansi cioè ad ammettere altre cause sospensive, oltre a quelle espressamente stabilite dal Codice civile. In altre parole: se l'enumerazione dell'articolo 2120 sia tassativa, di guisa che in nessun altro caso e per nessun motivo debba reputarsi sospesa l'usucapione.

Tutta la controversia consiste nel vedere se e quale efficacia abbia ancora nell'attuale Diritto codificato la massima tradizionale: “ *Contra non valentem agere non currit praescriptio* „. Essa era stata costruita dall'acuto ingegno degli Interpreti sopra alcuni testi di Diritto Romano; comprendeva sotto di sè tutti i possibili casi di sospensione, e a dir il vero aveva ricevuto un'estensione esagerata, fino ad applicarla in ogni caso, in cui un ostacolo qualunque avesse anche solo temporaneamente inceppato la libera manifestazione dell'attività dell'interessato. Senza ricercare tutti i casi in cui gli Interpreti ammettevano la sospensione come effetto della suddetta massima, basti il dire che ogni qual volta loro sembrava che il vantaggio derivante dalla prescrizione compiuta mal si conciliasse coi principii di equità, si servivano di quella massima per fermare la prescrizione stessa. Quindi la debolezza del sesso, l'ignoranza del proprio diritto o della prescrizione, l'assenza giustificata, la rozzezza erano ritenuti legittimi motivi di temperare il rigore del diritto. Naturalmente simile soverchia estensione venne presto oppugnata dai più assennati di quei Dottori, e il Troplong celebra giustamente il vivace contrasto che ad essa venne fatto dall'Argentreo.

(1) Sent. 21 dicembre 1876, *Legge*, 1877, 1, 558.
(2) Confor. Mirabelli, Op. cit., 41.

Se non che la massima è sopravvissuta alle esagerazioni; e tuttodì risuona nel fôro, ove spesso viene invocata e non di rado applicata. Si avverte a suo riguardo quello stesso fenomeno che in molte altre parti della scienza giuridica. Mentre la dottrina più recente ed autorevole sottopone a minuta disamina queste massime antiquate, le sviscera con logica severa, il più delle volte concludendo per la loro proscrizione dal campo scientifico, la Giurisprudenza aderisce ad esse con tenacia, traendone spesso i criteri per le sue pronuncie.

203[bis]. — In questa contesa intorno all'efficacia che possa e debba attribuirsi alla massima del *non valens* dopo la moderna codificazione, abbiamo schierati da una parte la Giurisprudenza e il Troplong (1), che l'ammettono entro limiti più o meno ampii; dall'altra il Laurent che assolutamente la respinge (2). Ma notisi bene. Il Laurent non contende, e non mette pur in dubbio il valore teorico che possa avere la massima, ma stringendosi alla lettera della legge sostiene che non è più accettata dal diritto codificato. Tutta la sua bella e potente argomentazione si appoggia specialmente sul testo dell'art. 2251 Cod. franc.: " La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi "; il quale a suo senno scolpitamente sancisce che i casi di sospensione non possono essere che quelli tassativamente determinati dalla legge. E a sostegno della sua dottrina richiama eziandio il principio fondamentale della prescrizione, che è quello di dare stabilità ai dominii ed ai diritti.

Tale la controversia che io brevemente delineai. Debbo osservare che essa ha molto maggiore importanza relativamente alla prescrizione estintiva, che non all'acquisitiva, come dimostra il fatto, che i casi decisi dalla Giurisprudenza riguardano quasi tutti la prima. Il che facilmente si comprende da chiunque consideri che l'usucapione ha il suo fondamento nel possesso, che è un fenomeno pubblico atto a destare l'attenzione degli interessati, e non si perfeziona se non in lungo periodo di tempo.

Questo premesso, passo ad esaminare la teorica del Laurent, la quale è da lui presentata come una conseguenza del principio che deve dirigere l'opera dell'interprete, che cioè questi deve esattamente interpretare la volontà del legislatore, così come è manifestata dalla legge scritta, e non arrogarsi l'autorità di correggerla o di modificarla.

---

(1) *Prescript.*, n. 727.

(2) XXXII, n. 39 e segg. Confor. Chironi, *Ist.*, I, § 107; *Quest. di D. C.*, I, VI.

Il principio è giustissimo, ma parmi che il Laurent abbia esagerato nell'applicazione in modo da renderla incompatibile colle esigenze pratiche. Il diritto è fatto per l'uomo: coll'uomo e per dargli una norma nelle sue operazioni quotidiane esso vive ed agisce. Una conseguenza iniqua, che pugni ad un tempo col buon senso e colla morale, dimostra che una teoria, sebbene possa parer dedotta a fil di logica dalla lettera della legge, e per quanto in vista seducente e persuasiva, pure nel suo intimo è fallace, e deve essere respinta senza esitazioni.

A mio avviso in questa disputa il Laurent si lasciò trasportare oltre il segno dal desiderio di combattere l'eccessiva influenza, che egli vedeva assegnata alla massima tradizionale. Nella reazione cadde nell'eccesso opposto, abbandonandosi in balìa all'idea preconcetta, che il legislatore nello stabilire le cause sospensive abbia del tutto ripudiato la massima tradizionale. E stringendosi al principio che il legislatore solo può derogare al *gius* comune, pel quale la prescrizione corre contro tutti, conchiuse che tutto ciò, che la legge tace, cade sotto la norma generale ed è soggetto all'impero della prescrizione.

Il Laurent, per un fenomeno che frequentemente si verifica, tutto appassionato ed intento a demolire la vecchia teorica, non vide l'incoerenza dell'edificio che egli a sua volta veniva erigendo sulle rovine di quello da lui distrutto. Di vero, se le cause sospensive stabilite dal Codice fossero tanti speciali effetti della massima tradizionale nel Gius civile, allora per la nota regola d'interpretazione restrittiva — *inclusio unius exclusio alterius* — la quale fuor di ogni dubbio dev'essere osservata in questa materia, sarebbe logico che qualsiasi altro effetto della massima, per quanto confortato da manifesta equità, non si ammettesse, perchè non espressamente voluto dal legislatore. Ma, poichè il Laurent medesimo ha provato che tutte le cause sospensive ancora conservate dal Codice non hanno alcuna relazione colla massima tradizionale, l'argomento si spunta, e rimane impregiudicato il problema, se il legislatore abbia proscritta assolutamente l'influenza di quella massima, o se per converso ne abbia lasciato l'applicazione alla Giurisprudenza, ritenendo impossibile di dettare norme certe e adatte alla molteplicità dei casi, e pericoloso invece di sancirla espressamente senza stabilirne i limiti precisi. A me pare che la seconda congettura si avvicini di più al vero, perchè la massima tradizionale era accettata come verità indiscussa nei tempi in cui vennero promulgati i Codici, e non si vede alcun motivo per supporre che i legislatori abbiano voluto ripudiarla.

203[ter]. — Ed ora, senza istituire una disamina delle applicazioni della massima, esporrò per sommi capi le mie idee intorno ai limiti entro i quali può essere accolta. Respingo come esagerato e aberrante dal giusto l'insegnamento, che qualunque ostacolo possa essere causa di arrestare il corso dell'usucapione, prorogandone la durata in favore dell'antico proprietario, anche quando la potestà di esercitare il suo diritto non fosse stata soppressa, ma semplicemente diminuita. Ma respingo anche come alieno da verità il contrario insegnamento che accorda efficacia al solo impedimento di diritto (1). L'uno e l'altro peccano per opposti vizii. Pecca il primo contro il principio informatore della prescrizione; pecca il secondo contro la logica, perchè, ammesso il principio, conviene applicarlo ogni volta che ne ricorra la ragione. Ponetemi, ad esempio, un minore che sia rimasto per alcuni anni senza tutore. È un'ipotesi che può in pratica avverarsi nonostante tutte le previsioni e tutte le precauzioni della legge. Chi potrebbe sostenere che durante questi anni è corsa l'usucapione contro di lui? Si dirà, è vero, che l'usucapiente ha posseduto. E sia pure, ma è vero eziandio che l'attività del possessore non potè avere in questo caso la consueta efficacia, perchè non si trovò in contrasto con una volontà ugualmente viva e capace di resisterle. Durante gli anni in cui il pupillo non ebbe difesa, ci fu bensì l'elemento positivo dell'usucapione, ma non quello negativo, la inerzia (nel vero senso giuridico) del proprietario. Questo è l'insegnamento lasciatoci in un caso consimile dalla Romana Sapienza: " Cessatum non accipimus, si pupillus tutorem non habeat, nec curatorem furiosus vel adolescens, nam frustratio non debet hujusmodi personis nocere, quae sunt indefensae „ (2). Il pupillo non è di diritto impedito di agire; al contrario la legge si è studiata coi più opportuni provvedimenti di assicurare l'amministrazione e la difesa dei suoi interessi. Che se malgrado ogni più sollecita cautela il voto della legge non è adempito, il pupillo, che non ha tutore, resta di fatto senza difesa e nell'impossibilità di agire. Si obbietterà che il mio sistema fa cadere sul possessore la colpa di tutta la società. E sia pure; meglio su di lui, che *certat de lucro faciendo*, che non sul pupillo che *certat de damno vitando;* meglio su di lui che potè usurpare e godere l'altrui senza pericolo di essere molestato, che sul minore che realmente fu indifeso.

Concludo che il *non valens agere* può e deve essere applicato anche oggidì ogni volta che un impedimento di fatto o di diritto,

(1) Vedi tuttavia in questo senso Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, I, pag. 1143 e segg.
(2) Fr. 5, § 20, D. *ut in poss. legat.*, 36, 4.

all'infuori dei casi già previsti dal Codice civile, abbia del tutto privato il proprietario della potestà di difendere il suo diritto (1). La valutazione dell'impedimento, che dovrà essere eseguita coi più rigorosi criteri, è naturalmente rimessa al prudente apprezzamento del Giudice del merito.

204. — L'effetto della sospensione è quello di arrestare l'usucapione per tutto il tempo che dura l'impedimento. Così supposto che si tratti del fondo dotale, su cui prima del matrimonio taluno avesse cominciato ad usucapire, l'usucapione resta ferma per tutto il tempo in cui dura il matrimonio, e riprende il suo corso nel momento in cui questo si scioglie. Il tempo trascorso prima e quello trascorso dopo si congiungono per completare l'usucapione.

Fra le norme, che governano l'efficacia della sospensione, precipua è quella che vieta di estenderla da persona a persona. Questa norma non soffre eccezione che nel caso di sospensione per essere soggetto a condizione od a termine il diritto, poichè in questo caso la sospensione è determinata da una causa inerente al diritto, la quale lo sottrae intieramente all'efficacia dell'usucapione.

Qualche dubbio può presentare il caso di diritto appartenente *pro indiviso* a più persone, delle quali alcune soltanto privilegiate. Anche in questo caso si applica in tutto il suo rigore la regola suddetta. Una sola eccezione si ammette pei diritti indivisibili, perchè l'indivisibilità vieta di scindere gli effetti dell'usucapione, ed estende quindi anche ai maggiori di età il beneficio accordato ai minori ed alle altre persone privilegiate. Il che è espressamente sancito dall'art. 672 del Cod. civ. per la prescrizione estintiva delle servitù. Ma il disposto è di *jus commune* e deve applicarsi anche all'acquisitiva. Pongasi ad esempio, che su di un fondo appartenente a più persone, fra cui un minore, taluno con titolo *a non domino* ed in buona fede abbia esercitato una servitù continua ed apparente per oltre un decennio. La minorità del comproprietario del fondo servente impedisce l'usucapione decennale non solo in favor suo, ma anche di tutti gli altri condomini, perchè secondo gli elementari principii la servitù prediale, come diritto eminentemente indivisibile, non può perdersi e non può acquistarsi per parti. “ Per partes servitus imponi non potest, sed nec acquiri „ (2). In questi casi vale il broccardo: “ Minor relevat majorem in individuis „.

---

(1) Confor. in materia di prescrizione acquisitiva, C. C. Torino, 15 novembre 1898, *G. T.*, 1898, 1569.

(2) Fr. 6, § 1, D. *communia praediorum*, 8, 4.

Questa estensione della causa sospensiva non verrebbe meno *ex post-facto* per effetto dell'assegnazione del fondo al condomino maggiore d'età nella divisione eseguita dopo il decorso del decennio; poichè, come più ampiamente si dimostrerà nella seconda parte di questo trattato, il carattere puramente dichiarativo della divisione non può influire sui fatti compiutisi durante lo stato di comunione.

204[bis]. — La Giurisprudenza francese fu due volte chiamata a giudicare intorno a casi in cui la proprietà era disgiunta dall'usufrutto, ed entrambe le volte decise che la sospensione sancita dalla legge a favore del minore usufruttuario giovava anche al proprietario maggiore d'età. A sostegno di queste decisioni fu dedotto che per usucapire bisogna possedere, e che consistendo il possesso nel godimento, il quale appartiene in ipotesi ad una persona privilegiata, è incoerente che il possesso, il quale è inutile a suo riguardo, sia poi efficace contro il nudo proprietario. Il Laurent (1) censura ed a ragione questi due giudicati. Non è vero che il possesso equivalga al godimento, come venne altrove dimostrato, e non è vero neppure che la sospensione arresti il possesso, perchè, se questo si arrestasse, si verificherebbe l'interruzione e non la sospensione. La sola energia acquisitiva dell'usucapione resta per qualche tempo inoperosa. La conseguenza tratta da premesse siffatte fu necessariamente falsa. Se la proprietà era disgiunta dall'usufrutto prima che cominciasse l'usucapione, perchè non potrà esserlo anche dopo?

Si presentò pure il caso inverso di un proprietario minore e di un usufruttuario maggiore, e fu deciso nello stesso senso, ed ugualmente male.

Dice ottimamente il Laurent, che in queste ipotesi vi ha un principio certo, che cioè si tratta di diritti distinti e l'un dall'altro separati ed indipendenti, soggetti quindi ad usucapioni diverse, di guisa che la sospensione dell'una non influisce sul corso dell'altra.

204[ter]. — La massima, che la causa di sospensione non può invocarsi che dalla persona privilegiata, può produrre conseguenze abbastanza notevoli. Poniamo, ad esempio, una comunione incidente in virtù di compera, legato od eredità fatte in comune da più persone (2), fra cui un minore od un interdetto. Ora se uno dei condomini possegga da solo in modo esclusivo e non equivoco tutto

(1) XXXII, n. 75.
(2) Fr. 31, D. *pro socio*, 17, 2.

il fondo, vedemmo come la Giurisprudenza lo ammetta ad usucapire. Ma per la persona privilegiata sta l'art. 2120, e d'altra parte nel caso non è applicabile l'eccezione del susseguente 2121 (1), per il che anche dopo il trascorso del trentennio essa potrà rivendicare la sua quota.

Pongasi ora che un fondo appartenente *pro indiviso* a più condomini, fra cui un minore di età o interdetto, sia acquistato in buona fede da un terzo con titolo trascritto, il quale lo possegga di poi per oltre dieci anni. In confronto del condomino privilegiato egli non può usucapire che in trent'anni, ma col decorso di dieci anni avrà usucapito in confronto degli altri comproprietarii maggiori d'età. Il minore non risentirà danno alcuno, poichè la quota a lui spettante rimane salva ed integra fino al compirsi della prescrizione trentennaria. Dopo il trascorso di dieci anni egli non sarà più in comunione cogli antichi comproprietarii, ma col nuovo che ha acquistato i loro diritti.

205. — Le norme regolanti l'estensione degli effetti della sospensione debbono conciliarsi coi principii generali di diritto. Gli effetti della sospensione entrano a far parte del patrimonio della persona, a cui vantaggio è stabilita, e seguono le sorti di tutti i diritti patrimoniali. Trapassano quindi ai suoi successori a titolo universale, ed anche a quelli che hanno da lei acquistato il diritto, a cui riguardo la prescrizione rimase arrestata. Ad esempio il minore d'età proprietario del fondo, che da un terzo era posseduto con titolo trascritto e in buona fede, lo aliena. Non è dubbio che l'acquirente contro il terzo, che opponesse la prescrizione acquisitiva decennale, potrebbe invocare la sospensione prodotta dalla minor età del suo autore (2).

(1) Vedi sopra, n. 202.
(2) Confor. C. C. Torino, 16 marzo 1891, *G. T.*, 1891, 456.

SEZIONE II.

L'interruzione della prescrizione acquisitiva.

domanda è perenta. - L'art. 341 Cod. P. C. non deroga all'art. 2128, n. 3, Cod. civ. — 223^bis. *Rapporti tra la prescrizione e la perenzione.* — 224. 4°) *Se la domanda è rigettata. - Ragioni del disposto, e suo valore.* — 225. *I casi, in cui la domanda non ha la forza d'interrompere, sono tassativi.* — 225^bis. *Le questioni intorno all'efficacia interruttiva del precetto perento, all'interruzione della prescrizione dell'azione ipotecaria, ed al disposto dell'art. 2136 Cod. civ. riguardano la sola prescrizione estintiva.* — 226. *Citazione o comparizione volontaria delle parti per la conciliazione (art. 2125 al. Cod. civ.). - Sua forza interruttiva ed osservazioni in proposito.* — 227. *Il riconoscimento dell'altrui diritto interrompe l'usucapione (art. 2129 Cod. civ.).* — 228. *Riconoscimento espresso, tacito e presunto.* — 229. *Capacità occorrente alla validità del riconoscimento. - Osservazioni riguardo al riconoscimento compiuto dai tutori ed amministratori legali e dalle persone parzialmente incapaci.* — 229^bis. *Il riconoscimento dev'essere un atto libero e spontaneo. -* Quid *della condizione a cui sia subordinato.* — 230. *La prova della interruzione.* — 231. *L'azione d'interruzione - Sue applicazioni e sua efficacia (art. 2126 Cod. civ.).* — 231^bis. *Quale sia il giudice competente a conoscerne, e* quid *delle spese del giudizio.*

232. Effetti dell'interruzione. - *La naturale giova a tutti gli interessati.* — 232^bis. *La civile invece giova solo a colui, in cui confronto fu compiuta.* — 233. *Gli effetti dell'interruzione civile non si estendono da persona a persona.* — 233^bis. *Casi controversi nell'applicazione della regola* - a persona ad personam non fit interruptio. - 1°) *Comunione* pro indiviso. — 234. 2°) *Rapporti fra proprietario ed usufruttuario. - Si combatte l'opinione che essi diano luogo ad un'eccezione.* — 235. 3°) *L'interruzione compiuta dal creditore anticretico non giova al debitore.* — 236. 4°) *Rapporti generali tra creditori e debitori in riguardo dell'interruzione.* — 237. 5°) *Rapporti tra varie persone, l'una dall'altra chiamata in rilievo, rispetto all'azione principale.* — 238. 6°) *La interruzione compiuta dall'erede apparente o contro di esso giova e nuoce all'erede vero.* — 239. *La massima* a persona ad personam non fit interruptio *determina le persone alle quali nuoce l'interruzione.* — 240. *L'interruzione non si estende da un diritto ad un altro.* — 241. *E non si estende neppure da un' azione ad un'altra. - Osservazioni riguardo all' azione rescissoria.* — 241^bis. Quid *della domanda in garantìa formale.* — 242. *Effetti dell'interruzione sul corso dell' usucapione. - Si determinano i momenti in cui l' interruzione si verifica e in cui comincia la nuova usucapione* — 243. *Virtù sospensiva della domanda giudiziale.* — 244. *In qual momento debbasi ritenere finito il giudizio, e ricominciata l'usucapione.* — 245. *Osservazioni riguardanti l'influenza della perenzione, secondochè avvenga in primo o in secondo grado di giurisdizione.* — 246. *Osservazioni riguardanti la domanda proposta davanti ad un giudice incompetente.* — 247. *La novella usucapione deve avere tutti i requisiti di legge - Non può essere che la trentennaria, quando nel frattempo cessò la buona fede.* — 248. *In quali casi la decisione del Giudice intorno all'interruzione possa essere censurata in Cassazione.*

206. — Le cause sospensive arrestano per un certo tempo la prescrizione acquisitiva, la quale, non appena vien tolto di mezzo l'impedimento, riprende il suo corso. Il possesso continua con quei medesimi caratteri, che aveva in quel punto, in cui cominciò ad agire la causa sospensiva; ed il tempo trascorso prima si congiunge con quello trascorso dopo in modo da formare un sol tutto. Diversa

assai è l'opera dell'interruzione, la quale tronca d'un colpo tutti gli effetti che ha prodotto il possesso esercitato fino a quel momento in cui essa ha luogo. Il tempo trascorso fino a quell'istante è *tamquam non esset;* l'usucapione già cominciata si annulla; e, quand'anche avvenga che il possessore riprenda il possesso, l'usucapione, a cui egli dà inizio, è cosa nuova e priva di qualsiasi nesso coll'antica. Essa ha un primordio suo proprio, il quale sarà secondo gli eventi giusto od ingiusto, di buona o di mala fede, con titolo o senza. Ma l'esistenza di queste varie qualità deve cercarsi e trovarsi nell'inizio della seconda usucapione, senza potersi ricorrere a quello della prima.

Tra l'interruzione e la sospensione havvi un'altra essenziale differenza: questa opera *ope legis*, di guisa che l'usucapione quando s'imbatte nell'ostacolo, si arresta, sebbene proprietario e possessore ne fossero completamente ignari; quella invece (una sola eccezione fatta) (1) è sempre posta in essere dal fatto attuale dell'uomo, che consiste o nell'effettiva sottrazione del possesso, o nell'azione giudiziale promossa per rivendicare il proprio diritto, o nello spontaneo riconoscimento del diritto medesimo.

207. — L'interruzione è di due specie: naturale e civile. La prima consiste nel fatto della privazione del possesso; la seconda nella domanda giudiziale proposta dall'interessato contro il possessore ed in altri atti che la legge considera come equipollenti, oppure nel riconoscimento del diritto del proprietario spontaneamente compiuto dal possessore stesso.

Le due specie d'interruzione diversificano per l'elemento della usucapione, che esse colpiscono; poichè quella naturale cancella il possesso che ne è l'elemento attivo, quella civile ne fa venir meno l'elemento negativo, che è l'inerzia del proprietario.

208. — L'interruzione naturale ha luogo, quando il possessore è stato privato per più di un anno del godimento della cosa (art. 2124 Cod. civ.). La dizione usata dal nostro Codice, copiata alla lettera dal corrispondente testo francese, non è troppo corretta, perchè altro è godimento, ed altro è possesso. Se il disposto dell'art. 2124 dovesse intendersi secondo il suo senso letterale, seguirebbe che, ove il possessore avesse concesso sulla cosa posseduta un usufrutto durato più di un anno, siccome durante questo spazio di tempo egli rimase privo del godimento della cosa, si dovrebbe dire interrotta

(1) L'eccezione sta nella perdita del possesso in forza di un evento naturale.

l'usucapione. Questa conseguenza è assurda, perchè l'usufruttuario, al pari del colono e dell'affittuario, non possiede, ma presta l'opera sua al proprietario, di cui è il rappresentante. Per buona ventura la dottrina e la giurisprudenza hanno attribuito alla scorretta locuzione dell'art. 2124 il suo vero senso, insegnando concordi e costanti che il legislatore scrisse godimento, ma volle dire possesso.

208^bis^. — L'interruzione naturale è governata dalle seguenti norme:

1° Essa consiste nella privazione del possesso per uno spazio di tempo eccedente l'anno.

Lo spazio di un anno corrisponde al termine entro cui debbonsi sperimentare i rimedii possessorii, perchè, essendosi concesso tale periodo di tempo al possessore spogliato per chiedere la reintegrazione, non poteva il suo possesso dirsi perduto fino a che esso non fosse inutilmente trascorso.

Le due disposizioni di legge devono essere conciliate per evitare conseguenze fra loro cozzanti. L'art. 2124 del Cod. civ. fa consistere l'interruzione nella privazione del possesso durata più di un anno; l'art. 695 assegna un anno intiero per intentare l'azione di spoglio. Se lo spogliato tarda fino agli ultimi momenti dell'anno ad agire, accadrà che la privazione del possesso effettivamente durata fino all'esecuzione della sentenza, che ordinò la reintegrazione, eccederà l'anno. Se non che la sentenza retroagisce fino al momento, in cui venne proposta l'istanza, e così fin da quel momento si reputa che lo spogliato abbia riavuto il possesso della cosa (1). Solo il Ricci è insorto a combattere questa comune opinione, perchè, dice egli, " la legge non ha alcun riguardo all'esercizio, o non esercizio delle azioni possessorie, ma prende di mira il solo fatto materiale del godimento protratto per più di un anno " (2). L'argomento non regge. L'estensione del disposto dell'art. 2124 Cod. civ. al caso dell'esercizio dell'azione possessoria entro l'anno, se non è scritta nel testo, è imposta dalla sua intima ragione, dal manifesto suo nesso con quelli concernenti le azioni possessorie, dalla efficacia retroattiva del giudicato.

Osserva giustamente il Duranton (3), che quest'articolo parlando di una privazione *durata più di un anno* intese significare che la privazione sia durata un anno compiuto, e che quindi si sarebbe

(1) Conformi Troplong, *Prescr.*, n. 544; Duranton, n. 258; Tartufari, Op. cit., n. 766.
(2) V, n. 205.
(3) Op. cit., n. 262.

più esigenti della legge se si pretendesse che sia durata un anno e un giorno; ciò che occorre è che l'anno sia già trascorso, fosse pure di un solo minuto.

Per determinare la durata della privazione si seguirà la computazione civile, in virtù della quale l'anno si reputerà cominciato alla mezzanotte immediatamente susseguente al giorno in cui lo spoglio venne consumato, e compiuto collo scoccare della mezzanotte, la quale pon termine all'ultimo giorno dell'anno. Fino a questo momento estremo il possessore ha diritto di intentare l'azione giudiziale, e di cancellare così l'avvenuta interruzione.

L'interruzione si considera come non avvenuta eziandio nel caso che il possesso sia ricuperato mediante un giudizio petitorio. Pongasi che dentro l'anno si promuova l'azione rivendicatoria contro l'usurpatore e si ottenga vittoria. Posteriormente resta provato che lo spogliato non era proprietario, ma soltanto possessore della cosa. In questa ipotesi sarebbe assolutamente assurdo il negare la continuazione del possesso, solo perchè venne ricuperato con un'azione petitoria. Di vero la legge non distingue, ed il trattamento meno benigno per colui, che fece valere le sue ragioni in un giudizio petitorio, anzichè in via possessoria, non si potrebbe comprendere e tanto meno giustificare (1).

Pari attitudine ad eliminare gli effetti dell'interruzione devesi attribuire alla volontaria restituzione del possesso, che l'usurpatore abbia eseguito dentro l'anno, poichè il testo di legge è così ampio da abbracciare anche questa ipotesi, e non v'è altra ragione di escluderla.

209. — 2° L'interruzione naturale giova al proprietario, da qualunque persona essa venga attuata. Questa massima era esplicitamente professata dalla Giurisprudenza Romana: " nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit, dominus sit nec ne „ (2). Anche il Codice francese la sancisce espressamente: " soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers „. Il nostro soppresse questo inciso avendolo giudicato inutile, poichè è cosa d'intuitiva evidenza che la perdita del possesso, da qualunque causa provenga, toglie all'usucapione la sua base.

Per questo motivo non è necessario che la perdita del possesso derivi dal fatto dell'uomo; al contrario può anche essere cagionata da un evento naturale. Ed a questo proposito si affaccia la domanda se l'inondazione sia una causa interruttiva, posto che le acque

(1) *Idem*, Tartufari, Op. cit., n. 767 e 768.

(2) Fr. 5, *de usurp.*, 41, 3.

straripate abbiano occupato per più di un anno il fondo. Il Diritto Romano aveva risposto in senso affermativo: “ Labeo et Nerva filius responderunt, desinere nos possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit „ (1). Ed altrove: “ Item quod mari aut flumine occupatum sit, desinere nos possidere „ (2). Gli autori francesi hanno invece opinato che l'inondazione non è atta ad interrompere l'usucapione (3). La quale opinione è favorita dal testo del loro Codice, il quale pone l'essenza dell'interruzione nella privazione del godimento cagionata “ soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers „: ma è ripudiata al contrario dal nostro art. 2124, che parla di privazione in genere, qualunque sia la causa da cui proviene. Quindi se la privazione è durata più di un anno, l'interruzione s'intende effettuata, tanto nel caso che la privazione sia prodotta da un'inondazione, quanto nell'altro che sia consumata dall'opera del proprietario o di un terzo. Senza ragione obbietta il Laurent che di questa guisa si confonde la discontinuità colla interruzione, poichè il possesso discontinuo, come venne altrove ampiamente dimostrato, richiama l'idea di una volontaria astensione del possessore, il che è fuori della nostra ipotesi (4).

209 *bis*. — Si è pure disputato se valga ancora nel Diritto moderno la massima, che la concessione in affitto o precario della cosa posseduta fatta dal possessore al proprietario importa interruzione del possesso. La massima era sancita dal Diritto Romano come conseguenza dell'altra regola che nè la locazione, nè il precario della cosa propria possono sussistere: “ Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suae consistere potest „ (5).

Questa massima è stata combattuta dal Dalloz, il quale ha osservato che non è possibile di considerare come detentore in altrui nome colui che, ad esempio, paga il fitto di un immobile che ignora essere suo, e che di conseguenza, se possiede pel terzo, non vi sarebbe giusto motivo di escludere i beneficii di un possesso legittimo, tanto più imponente, perchè ha avuto in suo favore il

---

(1) Fr. 3, § 17, D. *de poss.*, 41, 2.

(2) Fr. 30, § 3, *eod.*, arg. a Fr. 23, D. *quib. mod. usufr.*, 7, 4. Vedi Cuj., ad l. 3, § 17, D. *de poss.*

(3) Troplong, *Prescr.*, n. 549; Laurent, XXXII, n. 83; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 472.

(4) Confor. Mirabelli, Op. cit., n. 213. Contra Borsari, all'art. 2124, § 4409.

(5) Fr. 45, D. *de R. J.*, 50, 17. Vedi Fr. 21 e Fr. 33, § 5, D. *de usurpationibus*, 41, 2.

concorso del proprietario (1). Ma venne abbracciata e difesa dal Tartufari, il quale argutamente osservò che l'estendere il divieto di mutare la causa del proprio possesso al proprietario, che ha cominciato a possedere in altrui nome, è contrario a diritto ed a ragione, non avendo il proprietario bisogno d'intervertire il titolo del suo possesso, perchè della cosa sua non ha soltanto il formale *jus possessionis*, ma il più valido e consistente *jus possidendi*. Di vero non possono coesistere nella stessa persona e sulla stessa cosa le due forme di possesso *per la contraddizion che nol consente*. Vorrebbesi forse richiedere l'*animus domini* da chi è veramente proprietario? Il Tartufari osservò ancora che " il punto sostanziale è questo, che torna a chicchessia impossibile di concedere al proprietario, ed a questo di stipularsi l'esercizio di un diritto qualunque sopra cosa, che gli appartiene in piena proprietà ". Ed aggiunse infine ripugnare al buon senso che il proprietario possegga ed usucapisca per altri. Sono questi argomenti perentorii che ci fanno ritenere come inconcussa anche nel moderno Diritto, sebbene non espressamente sancita, la massima professata da quello antico (2).

210. — 3° La privazione del possesso, perchè interrompa l'usucapione, dev'essere completa. Semplici molestie e pretensioni, che abbiano soltanto l'effetto di rendere meno ampio e meno facile l'esercizio del possesso, non valgono ad interromperlo. Esse potranno invece col concorso di quelle condizioni, che la dottrina e la Giurisprudenza prevalenti esigono, renderlo inquieto ed impedire per altra via l'usucapione (3). E giustamente proclamava la C. C. Torino essere errata quella sentenza che esclude l'usucapione sotto pretesto che gli atti dell'avversario l'avevano interrotta senza giustificare se questi atti avevano privato il possessore per oltre un anno del godimento del fondo (4).

4° Non ha influenza il modo con cui la sottrazione del possesso sia stata consumata e non importa quindi che sia stata effet-

---

(1) Dalloz, *R. J.*, voce *Prescription*, n. 470.

(2) Tartufari, Op. cit., nn. 769 e 770. I Romani Giureconsulti dalla massima che proclama inconciliabili *in eadem persona, et in eadem re* i due possessi formale e causale, avevano dedotto la logica conseguenza che il proprietario non può avere della propria cosa un possesso clandestino. Sentasi Africano: " Si servum meum bonae fidei emptori clam abduxerim; respondit, non videri me clam possidere, quia neque precarii rogatione, neque conductione suae rei dominum teneri, et non posse causam clandestinae possessionis ab his duabus causis separari ". Fr. 40, § ult., D. *de poss.*, 41, 2.

(3) Troplong, *Prescr.*, n. 546; Laurent, XXXII, n. 82; Tartufari, Op. cit., n. 771.

(4) Sent. 30 luglio 1886, *G. T.*, 1886, 639.

tuata colla violenza e coll'astuzia, come insegnarono i Giureconsulti Romani: " Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi dejicitur " (1). Che anzi il caso dello spoglio violento sarà il più facile e frequente a verificarsi, e quello anche più agevolmente e prontamente riparato dal possessore, essendo esperibile contro chicchessia e per qualunque possesso l'azione di reintegra.

211. — Il Troplong (2) insegna che l'interruzione naturale del possesso si verifica anche nel caso, in cui la cosa posseduta viene sottratta dall'umano commercio e diventa imprescrittibile. La Romana Sapienza aveva ritenuto che si perdesse il possesso di quel luogo il quale fosse stato reso religioso seppellendovi un morto (3). Un caso di questo genere facilmente verificabile è quello in cui una parte del terreno posseduto venga espropriata per causa di utilità generale, ed inclusa in una via o strada pubblica. Se non che in tutte queste ipotesi non si compie soltanto un'interruzione del possesso, ma viene a mancare la *res habilis*. La sopravvenuta imprescrittibilità è un evento assai diverso dall'interruzione, poichè l'una ha per presupposto che la cosa sottratta al commercio non possa più nell'avvenire essere oggetto di privato possesso, e l'altra all'incontro ha per suo concetto fondamentale che la cosa non solo sia ancora attualmente oggetto di diritto, ma possa anzi in un tempo non remoto ritornare sotto la potestà dell'antico possessore. Il possessore spogliato ha la speranza di riacquistare il possesso e ne ha anche facili e pronti mezzi; il possessore, che perdè il possesso perchè la cosa divenne imprescrittibile, non può più avere una simile speranza. Andando alle conseguenze, se il luogo per qualche evento cessa di essere religioso o di far parte della pubblica via e viene restituito al suo antico possessore, prima che l'anno sia trascorso, ritengo che questo secondo possesso sia del tutto nuovo, distinto dal primo a cui non può ricongiungersi, e non si trovi quindi in condizione di godére del beneficio largito dall'art. 2124 Cod. civ.

212. — Si è domandato se l'omissione degli atti di possesso sia una causa d'interruzione ai sensi dell'art. 2124 Cod. civ. Come ho altrove dimostrato (4), il possesso è discontinuo quando il posses-

---

(1) Fr. 5, D. *de usurpationibus*, 41, 3. *Idem*. Troplong, *Prescr.*, n. 547; Duranton, Op. cit., n. 259.
(2) *Prescr.*, n. 551.
(3) Fr. 30, § 1, D. *de poss.*, 41, 2.
(4) Vedi sopra, n. 122.

sore ha ancora la fisica disponibilità della cosa e l'*animus possidendi*, ma non esercita il possesso colla necessaria diligenza, e per converso è interrotto, quando cessa completamente, di guisa che vien meno ogni opportunità d'indagare se abbia o no i requisiti legali. In altre parole, la discontinuità attiene all'esercizio del possesso, l'interruzione alla sua esistenza.

Qualche dubbio ha pur sollevato l'ipotesi di una vera rinunzia al possesso. L'indagine ha lieve importanza pratica, poichè, come giustamente osservò il Laurent (1), gli abbandoni delle proprie ragioni avvengono assai di rado, e la rinunzia al possesso, quando pure si verifichi, sarà compiuta in favore dell'antico proprietario, e costituirà un atto di riconoscimento; ma ne ha invece moltissima a riguardo dei principii, che trae in discussione.

Posto adunque un vero abbandono della cosa posseduta, un vero ripudio della volontà di possedere, potrà comprendersi questo tra i casi, a cui si applica l'art. 2124 Cod. civ.? A me sembra che il testo di questo articolo lo escluda, poichè esso parla di privazione del possesso, chiaramente dinotando un fatto dell'uomo, o un evento naturale, che sottragga al possessore la disponibilità della cosa, insomma un fatto contrario alla sua volontà ed ai suoi desiderii. Per converso il possesso abbandonato è possesso che si perde per un atto spontaneo del possessore medesimo; non appena si effettua la rinunzia, la già cominciata usucapione si tronca di netto, ed il diritto del proprietario non può più essere investito ed offeso, che da una nuova usucapione.

Questo modo di concepire gli effetti della rinuncia ha l'appoggio della Giurisprudenza Romana: " Possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere (2). Itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem " (3); e corrisponde allo spirito ond'è informato il disposto di legge, ed ai principii di ragione. Si volle largire un beneficio al possessore, il quale venne ingiustamente e contro la sua volontà spogliato del suo possesso. Per ricuperarlo gli è accordato un anno, durante il quale resta in sospeso se possesso ed usucapione abbiano a dirsi continuati, come se la interruzione non si fosse compiuta, o pel contrario cessati del tutto. Ma in ben diversa condizione si trova chi ha spontaneamente rinunziato al possesso. Egli non venne cacciato dal fondo, ma di moto proprio deliberò di non più possedere, *constituit nolle possidere;* e non ha quindi ragione alcuna di pretendere

(1) XXXII, n. 80.
(2) Fr. 17, § 1, D. *de poss.*, 41, 2.
(3) Fr. 3, § 6, D. *eod.* Vedi anche Fr. 44, § 2 *eod.*

a quel beneficio, che la legge ha concesso a colui che contrariamente alla sua volontà venne privato del possesso.

213. — Fu proposta quest'elegante questione, se l'interruzione possa avere per causa il fatto della legge. Pongasi, che siasi esercitata una servitù discontinua sotto l'impero di una legge, che ne consentiva l'acquisto mediante il possesso, che una nuova legge abbia dichiarato imprescrittibili le servitù discontinue, e che finalmente una terza abbia abolito l'intermedia ed ammesso di nuovo il loro acquisto mediante prescrizione. Si domanda se la seconda delle tre leggi succedutesi ha interrotto il corso dell'usucapione cominciata sotto l'impero della prima, di guisa che il tempo utile non abbia a cominciare che dal momento in cui andò in vigore la terza. Il Ricci (1) esclude che sia avvenuta alcuna interruzione, perchè questa si consuma o naturalmente per effetto della privazione del possesso, o civilmente per effetto della domanda giudiziale, laddove nel proposto caso nulla di tutto questo si è verificato. La legge intermedia, continua egli, ha rivocato gli effetti giuridici, che prima aveva il possesso delle servitù discontinue, ma non ha potuto distruggere il fatto materiale del possesso, a cui l'ultima legge restituisce l'efficacia rendendolo atto a completare il tempo necessario per usucapire. A questa opinione non posso acconsentire. È vero che la seconda legge col sancire l'imprescrittibilità delle servitù discontinue non ha interrotto l'usucapione, poichè il suo effetto fu quello ben diverso di averla resa impossibile per la cessazione della *res habilis*. Ma appunto per questo la legge intermedia non si può considerare come una causa interruttiva, e l'ultima legge, sia pure sopravvenuta entro l'anno, non ha potuto produrre l'effetto di far considerare come non consumata l'interruzione. Quest'ultima legge non può dare al possesso pel tempo già trascorso una virtù, che esso non ebbe; e pertanto non solo il tempo intermedio, ma neppure tutto quello precedente può essere computato.

Alla C. C. Firenze è sembrato che coll'accogliere la tesi da me propugnata “ si avrebbe ancora l'assurdo che la restaurazione dell'antico gius rispetto alla immemorabile sarebbe rimasta illusoria, e che il breve impero della legge abolitiva, oltre al retroagire sul passato annullando il precedente possesso, avrebbe eziandio derogato al futuro, e avrebbe colpito d'impotenza la legge nuova vigente „ (2). Questo ragionamento è un enigma, che non riesco a

(1) V. n. 183.
(2) C. C. Firenze, 17 febbraio 1867, *Ann.*, II, 1, 15.

decifrare. E mi è mestieri confessare che l'argomento, cui questa decisione desume dalla immemorabile, tradisce una deplorevole dimenticanza della vera essenza, della funzione di quest'istituto e dei principii ond'è governato. Nessuna legge può comandare o vietare che *extet* la memoria di un dato avvenimento. L'esistenza della immemorabile è un puro fatto, su cui non ha impero la legge. Libera questa di ammettere il tempo *ab immemorabili* come fondamento di un legittimo acquisto; ma non di far diventare immemorabile ciò che tale non è, o viceversa. Quindi logicamente segue che ciò che è immemorabile, tale permane sebbene sopraggiunga una nuova legge, che più non inscriva il tempo immemorabile fra i mezzi di acquisto, e tale è a maggior ragione, quando una terza legge ridona ad esso la pristina efficacia. L'impotenza della legge nuova, che la Suprema Corte ha messo innanzi a sostegno della sua decisione, è l'effetto necessario dei principii, che regolano l'opera della legge nuova nel tempo, sicchè ben lungi dall'essere assurdo, è logico e conforme ai principii di diritto, che il breve impero della legge anteriore limiti pel passato l'azione di quella che sussegue. Sarebbe per converso assurdo, che la legge nuova estendesse il suo impero su fatti accaduti in un tempo anteriore ed attribuisse al possesso già esercitato un'efficacia che non ebbe; assurdo ed iniquo infine che il proprietario, il quale, ad esempio, tollerò che il vicino passasse sul suo fondo, perchè la legge non consentiva l'acquisto del diritto di passaggio mediante il possesso, si trovasse poi gravato da una servitù, contro allo stabilimento della quale egli non aveva alcuna ragione di premunirsi.

214. — *Interruzione civile.* Oltre all'interruzione naturale, di cui abbiamo finora tenuto discorso, la legge accorda al proprietario un altro mezzo per interrompere l'usucapione contro di lui cominciata. È l'interruzione così detta civile, la quale è comune alla prescrizione acquisitiva ed all'estintiva. Questo mezzo non era ammesso dall'antico *Jus* civile per la classica *usucapio*, la quale non era interrotta se non in forza della perdita del possesso. La *rei vindicatio* intentata contro il possessore non interrompeva l'usucapione; tuttavia il rivendicante otteneva ugualmente il suo scopo, perchè la condanna obbligava il possessore a restituire la cosa, sebbene l'avesse usucapita durante le more del giudizio (1). E per assicurare lo scopo il convenuto doveva prestare cauzione di restituire l'oggetto rivendicato nello stato

(1) Fr. 17, § 1, 20, 21, D. *de rei vind.*, 6, 1. Vedi Voet, *ad Pand.*, *de rei vind.*, n. 30; Maynz, *Droit Romain*, § 119; Windscheid, § 180, nota 7.

in cui si trovava al momento della contestazione della lite (1). La cosa procedeva diversamente riguardo alla *longi temporis praescriptio*, la quale era retta da norme più ampie che non l'*usucapio*. In essa la *litis-contestatio*, mettendo fine a quello stato d'inerzia in virtù della quale si consumava il diritto, segnava il punto in cui la prescrizione era interrotta (2). La *litis-contestatio* fu poi nella riforma Giustinianea surrogata dalla domanda giudiziale (3). Ed in questa forma l'interruzione civile passò alle legislazioni moderne.

214bis. — L'interruzione civile, così appellata perchè la dichiarazione del diritto violato dal possesso si effettua per mezzo di atti giudiziari, eminentemente civili, è definita dall'art. 2125 del Cod. civ.: " La prescrizione è interrotta civilmente in forza di una domanda giudiziale, sebbene fatta davanti a giudice incompetente, di un precetto, e di un atto di sequestro intimato alla persona a cui si vuole impedire il corso della prescrizione ".

Quest'articolo ha usato una locuzione più precisa che l'articolo corrispondente del Codice francese, il quale assegnava la virtù di interrompere alla sola citazione. L'imperfezione era già stata rilevata e corretta dalla Dottrina e dalla Giurisprudenza francesi, le quali concordi insegnavano che la frase usata in quell'articolo dovevasi interpretare come equivalente di domanda giudiziale (4).

215. — Domanda giudiziale vuolsi intendere qualsiasi istanza ed in qualunque modo proposta in un giudizio regolarmente istituito, purchè riveli nel suo autore la decisa intenzione di ottenere il riconoscimento forzato del suo diritto (5). Tale carattere presenta in grado eminente la citazione giudiziale, che è l'atto più consueto e solenne, con cui si propone in giustizia una domanda.

Può avvenire che l'attore stesso nel corso della causa modifichi l'oggetto della domanda, sia che ne amplii, sia che ne restringa i termini. In questa ipotesi non è più dalla domanda primitiva, ma da quella posteriormente modificata che devesi misurare l'estensione dell'interruzione.

---

(1) Fr. 18, D. *de rei vind.;* Maynz, § 119.

(2) Vedi Maynz, § 118, nota 63, e § 59, n. 3.

(3) L. 3, 7, pr. § 5, C. *de praescript.*, XXX *vel* XL, *ann.*, 7, 39; l. 3, C. *de ann. except. toll.*, 7, 40; Voet, *ad Pand.*, *de usurpat.*, n. 19 e 20; Maynz, § 59, n. 3; Arndts-Serafini, *Pandette*, § 110, nota 6.

(4) Così il Troplong, *Prescr.*, n. 562: " L'espressione del nostro articolo — citazione in giustizia — si deve intendere in un senso molto lato; sarebbe stato più esatto di dire una domanda giudiziale ".

(5) C. C. Torino, 20 giugno 1884, *G. T.*, XXI, 623.

Non solo la domanda proposta dall'attore, ma eziandio l'eccezione opposta dal convenuto interrompe la prescrizione, purchè sottoponga al Giudice un'istanza, e manifesti la volontà di conservare un diritto (1). Ciò venne affermato nella seguente specie: Il 6 messidoro, anno IX, Noël Brunet comprò il podere Charmettes; e nell'atto intervenne come coacquisitore suo figlio Benoît. Il 14 novembre 1814 Noël fece testamento, col quale lasciò un legato a Benoît a tacitazione della legittima, e istituì erede J. F. Ant. Brunet, nipote *ex alio filio*, il quale cedette ogni sua ragione a Juillard. Posteriormente riguardo al podere Charmettes insorse una lite tra Juillard e Benoît Brunet, nella quale intervenne J. F. Ant. Brunet, chiedendo di essere mantenuto nel possesso di tutto il fondo. Ma sulle eccezioni oppostegli dalle controparti emanarono due sentenze delli 24 luglio 1841, e delli 19 marzo 1847, che fissarono i diritti di Benoît alla metà del fondo. Non ostante tali giudicati J. F. Ant. Brunet istituì una nuova lite, pretendendo di avere acquistato mediante il possesso il dominio di tutto il fondo. Ma Benoît Brunet fece valere l'interruzione operata dai precedenti giudizii, in cui erasi discussa la stessa questione ed eransi accolte le eccezioni da lui opposte alle medesime pretese del suo avversario. E l'interruzione venne ritenuta dalla C. A. Chambéry (2).

A maggior ragione è atta ad interrompere l'usucapione una domanda riconvenzionale, benchè spiegata per comparsa.

E non è neppur necessario che l'istanza sia fatta separatamente. Quand'anche sia congiunta ad altre, purchè ne sia chiaramente e distintamente designato l'oggetto, o sia contenuta in un'altra, poichè pel solo fatto che è implicita in un'altra viene di necessità ad essere dedotta in giudizio (3), essa produce l'effetto interruttivo. I giudizii di natura universale, come quelli di petizione di eredità, ci offrono l'esempio di queste domande implicite, secondo la massima stabilita dalla Romana Sapienza: " nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci " (4). La petizione d'eredità e l'azione per divisione ereditaria investono l'*universum jus* ed interrompono tutte le usucapioni, che sono in corso a favore dei convenuti, anche

(1) L'efficacia interruttiva dell'eccezione è controversa. Confor. FADDA e BENSA, *Note al Windscheid*, I, pag. 1124. Contra WINDSCHEID, § 109. La questione del resto ha molto maggior importanza per la prescrizione estintiva che non per l'acquisitiva.

(2) Sent. 6 gennaio 1853, *Bett.*, V, 2, 153.

(3) LAURENT, XXXII, n. 90; C. C. Roma, 30 marzo 1882, *Legge*, 1882, 1, 650.

(4) Fr. 7, § 5, D. *de except. rei jud.*, 44, 2.

quelle relative a beni che al momento, in cui le predette azioni venivano esercitate, si ignorava facessero parte dell'asse ereditario (1). Donde segue che, se l'attore in petizione o in divisione, non avendo da principio esatta cognizione dei beni ereditarii, si faccia in più volte a domandarne la consegna, l'interruzione s'intende avvenuta fin dalla prima domanda, e il convenuto non potrebbe opporre l'usucapione, se non nel caso che tra l'una e l'altra domanda sia decorso il tempo necessario al suo perfezionamento (2).

Non è mestieri che la domanda giudiziale rifletta specificamente la cosa della cui usucapione si tratta, ma basta invece che per la sua ampiezza la deduca in giudizio, se la discussione intorno a essa si è poi effettivamente impegnata fra le parti (3).

Non occorre che la domanda contenga la dichiarazione di voler interrompere la prescrizione. La legge non esige un'espressa protesta; e secondo i principii di ragione la virtù interruttiva è naturalmente insita nell'atto con cui si rivendica il proprio diritto, e si pone fine a quello stato d'inerzia del proprietario, che è uno degli elementi essenziali della prescrizione.

215[bis]. — Perchè la domanda giudiziale interrompa l'usucapione, deve essere diretta contro la persona che possiede, ed a cui si vuole impedire il corso della prescrizione. Tale requisito è *disertis verbis* desiderato dall'art. 2125 Cod. civ. in conformità dei principii di ragione, poichè gli atti giudiziari hanno efficacia soltanto per i contendenti e per quelli che essi rappresentano; e quanto agli altri rimasti completamente estranei sono *res inter alios acta vel judicata*, che non giova e che non nuoce.

Alla regola si vorrebbe da alcuni scrittori introdurre un'eccezione pel caso di fraudolente collusioni. Pongasi, ad esempio, che l'atto sia diretto contro l'affittuario, e non contro il locatore possessore legittimo, in cui confronto la prescrizione non è interrotta. L'eccezione troverebbe i suoi termini nel caso di un fraudolento concerto tra locatore e conduttore, per effetto del quale questi debba comparire come il legittimo possessore, all'oggetto di dar agio al locatore di compiere l'usucapione (4), nel qual caso la domanda varrebbe ad interrompere l'usucapione anche a riguardo del vero

(1) C. C. Torino, 13 marzo 1891, *G. T.*, 1891, 334.
(2) Laurent, XXXII, 90; Ricci, V, n. 184.
(3) Sent. 21 gennaio 1871, *G. T.*, VII, 233.
(4) È precisamente il caso stato proposto da Gajo nel Fr. 39, D. *de dolo malo*, IV, 3: " Si te Titio obtuleris de ea re quam non possidebas, *in hoc ut alius usucapiat*, etc. „.

possessore, sebbene non comparso, nè rappresentato in causa (1). Non credo ragionevole un'eccezione siffatta. Anzitutto è assai dubbio che la prima conseguenza di un concerto fraudolento diretto a far rivestire al detentore la veste di possessore *animo domini* in guisa da contraddire alla rivendicazione non sia quella di spogliare realmente il locatore del suo possesso, poichè il conduttore, che in ogni suo atto e col consenso del locatore si comporta come vero possessore, fino a presentarsi in giudizio a sostenervi il suo *jus possessionis*, non può più considerarsi come rappresentante del locatore. La frode cadrebbe a danno del possessore, che l'ha ordita. Ma, ove non si ammetta questa conseguenza, è alieno dal vero che soltanto per causa della frode la domanda interrompa l'usucapione anche in confronto del legittimo possessore, a cui sono cose completamente estranee domanda, atti di lite e sentenza (2).

Quantunque la domanda debba essere diretta contro il possessore, non è però richiesto che esso sia chiamato in causa nell'atto stesso introduttivo del giudizio. Ad esempio l'affittuario dà l'intervento in causa del locatore, contro il quale il rivendicante spiega le sue conclusioni. Oppure il locatore, venuto a conoscenza della rivendicazione promossa contro l'affittuario, interviene volontariamente in giudizio, e da lui e contro di lui sono prese conclusioni in merito. In tutte queste ipotesi l'interruzione opera anche contro il vero possessore, che è intervenuto nel giudizio.

Perchè la prescrizione sia interrotta, non basta che il possessore sia presente, ma occorre inoltre che venga spiegata contro di lui qualche domanda (3).

D'altra parte la domanda deve essere proposta dal proprietario o dal titolare del diritto, e quindi rettamente giudicava la C. A. Nizza (4), che la prescrizione non è interrotta da un giudizio istituito da chi non aveva alcun diritto sulla cosa e non rappresentava il vero proprietario.

215[ter]. — Poichè la domanda interruttiva è quella, che non solo manifesta la volontà del proprietario di esercitare il suo diritto,

---

(1) Laurent, XXXII, n. 91; Ricci, V, n. 184.

(2) Era questa l'opinione del Voet (*ad Pand. de rei vind.*, n. 22): " Sed si ad finem usque in judicio substiterint hi nudi detentores, non nominato auctore suo, condemnandi sunt ad restitutionem, tamquam tales, qui se liti videntur obtulisse, ac in eos dirigenda executio sententiae; quippe quae *veris rerum possessoribus haudquaquam est nocitura* ". Arg. d. l. 2, C. *ubi in rem actio;* l. *saepe constitutum*, 63, ff. *de re judic.*

(3) C. C. Firenze, 7 maggio 1883, *Legge*, 1883, 2, 188.

(4) Sent. 26 marzo 1859, *Bett.*, XI, 2, 315.

ma presenta inoltre la relativa istanza all'Autorità giudiziaria ed è diretta contro colui, al quale si vuole impedire di portare a termine l'usucapione, è manifesto che gli atti preparatorii della domanda, i quali non contengono tutti questi requisiti, non hanno virtù interruttiva. Così il ricorso, con cui la parte povera chieda di essere ammessa al gratuito patrocinio, non vale ad interrompere (1).

216. — Non solo l'azione vindicatoria o negatoria, ma anche quella possessoria interrompe l'usucapione. Nè vale ciò che in contrario osserva il Troplong (2), appoggiandosi all'autorità di Dufaur, d'Argentré e Dunod, che l'istanza in possessorio non può interrompere la prescrizione dell'azione petitoria, perchè queste due azioni non hanno affinità tra di loro, nè identità di scopi. Erronea decisamente è questa opinione. Poichè l'elemento sostanziale dell'acquisto mediante usucapione è il possesso, il proprietario è abbastanza tutelato, quando entro l'anno dallo spoglio o dalla molestia esercita le azioni possessorie. Nè havvi pur bisogno di ricorrere ad un eccezionale estendersi della causa interruttiva da una azione ad un'altra, poichè nella nostra ipotesi l'oggetto delle due azioni è sempre il medesimo. Sarebbe poi difforme da giustizia l'obbligare il proprietario a promuovere l'azione petitoria, col grave onere della prova, mentre con quella possessoria più facile e più pronta può ugualmente difendere il suo diritto.

217. — L'art. 2125 Cod. civ. dispone che la domanda giudiziale interrompe, quantunque sia stata fatta davanti ad un giudice incompetente. La ragione del disposto sta in questo, che anche in simile ipotesi la domanda ha un'esistenza legale, e rivela con sufficiente energia l'intenzione del suo autore di tutelare il proprio diritto. Questo disposto vuol essere applicato non soltanto alla citazione in giustizia, ma eziandio a qualsiasi istanza dedotta in giudizio. Di vero la legge parla di domanda in genere, ed in ogni caso milita la stessa ragione di diritto. Quindi la domanda riconvenzionale promossa dal convenuto interrompe, sebbene il Giudice, davanti al quale pende la causa principale, sia incompetente a conoscerne. Ad esempio, Tizio convenuto in giudizio da Cajo, che è un semplice possessore del fondo, con un'azione negatoria eccepisce che il fondo non è proprietà dell'attore, ed avanzandosi, a sua volta chiede che sia dichiarato che il fondo è di sua spettanza. Il Giudice,

---

(1) Laurent, XXXII, n. 92; Fadda e Bensa, loc. cit., pag. 11-25.
(2) *Prescr.*, n. 688.

che nella specie sarebbe stato competente a conoscere nella negatoria promossa in via principale, è invece incompetente a giudicare della vindicatoria proposta in riconvenzione. Ciò non ostante l'usucapione si considererà come interrotta.

Potrebbe talvolta suscitarsi il dubbio che si tratti non dell'incompetenza del Giudice adito, ma della improcedibilità della riconvenzione, e che la pronunzia, la quale risolvendo intanto la causa principale rinvia alla sede competente il giudizio intorno alla riconvenzionale, renda omaggio a quel principio di Gius comune, il quale impone che ogni azione sia proposta con un atto di citazione e discussa separatamente. Ma il dubbio si dilegua, sol che si consideri che la pronuncia del Giudice, la quale separa le due domande, è determinata da ragioni di competenza, e cade quindi nell'orbita d'azione dell'art. 2125 Cod. civ. Inoltre se il dubbio fosse altrimenti definito, si farebbe una posizione privilegiata all'attore in confronto del convenuto, poichè mentre l'attore, che ha adito un Giudice incompetente, ha pur sempre il vantaggio di veder interrotta l'usucapione, questi nelle stesse condizioni non otterrebbe un uguale beneficio.

È una ragion di competenza quella che informa la disposizione del 1° comma dell'art. 490 C. P. C.; e per ciò la domanda, ove sia rigettata dal Giudice di appello perchè proposta per la prima volta in secondo grado, conserverà l'efficacia interruttiva (1).

Occorre appena di rilevare che non devesi distinguere tra incompetenza per ragion di territorio e incompetenza per ragion di materia o di valore. L'ampia locuzione dell'art. 2125 Cod. civ. tutte le comprende nel beneficio largito al proprietario, che ha con un atto autentico affermato il proposito di conservare il suo diritto. Dice egregiamente il Borsari (2): " La Legge considera la causa della domanda giudiziale dal lato della diligenza, e dal lato dell'impressione che l'atto deve fare sul prescrivente. È un atto ostativo, avversativo, proibitivo e questo basta ".

218. — L'art. 2125 Cod. civ. detta che la prescrizione è interrotta civilmente, oltrechè da una domanda giudiziale, anche in forza di un precetto, di un atto di sequestro intimato alla persona, a cui si vuole impedire il corso della prescrizione, o di qualunque altro atto, che la costituisca in mora di adempiere l'obbligazione. Questi modi d'interruzione hanno maggiore attinenza colla prescrizione

---

(1) Confor. C. C. Torino, 28 novembre 1892, 19 giugno 1894, *G. T.*, 1892, 781, 1894, 630; C. C. Roma, sezioni unite, 11 settembre 1895, *Legge*, 1895, II, 651.

(2) *Commento al Cod. civ.*, n. 4413. *Idem*, Duranton, n. 265.

estintiva che non colla acquisitiva (1). Tuttavia l'interruzione dell'usucapione può effettuarsi anche in forza d'un precetto o di un sequestro. Ad esempio, il proprietario ha rivendicato il suo fondo, ed ha vinto; ma la sentenza non ha stabilito il termine perentorio, entro il quale il convenuto deve restituirglielo. Se questi non eseguisce volontariamente il giudicato, il rivendicante vincitore deve battere la via tracciatagli dal Codice di procedura, intimando al possessore un precetto con ordine di rilasciare entro due giorni il fondo (2), e colla minaccia che in difetto si procederà all'esecuzione. Questo precetto interrompe l'usucapione, che era ricominciata dopo la pubblicazione del giudicato (3).

Altri precetti che valgano ad interrompere l'usucapione io non conosco. Di vero quello che si intima al terzo possessore dell'immobile ipotecato (4), è diretto contro il legittimo proprietario, ed ha l'effetto d'interrompere la prescrizione estintiva, mediante la quale egli libererebbe il fondo dalle ipoteche che lo gravano.

Il sequestro, che può fornire un mezzo interruttivo dell'usucapione, è quello giudiziario ottenuto con ricorso, inaudita parte, ai termini dell'art. 921 Cod. proc. civ. Al contrario il sequestro conservativo non può spiegare la sua virtù interruttiva che in relazione alla prescrizione estintiva. Così pure ha attinenza a questa esclusivamente l'interruzione prodotta da un atto di costituzione in mora. La limitazione è determinata dal testo stesso di legge, il quale parla di un atto, che metta in mora la persona, cui si vuole impedire la prescrizione, di adempiere la sua obbligazione. Ora il debitore ha bensì un'obbligazione precisa da compiere verso il suo creditore; e questi, intimandogli di adempierla, mette fine a quello stato d'inerzia, che col decorso del tempo avrebbe consumato nelle sue mani l'azione che gli competeva. Ma il possessore non ha alcuna obbligazione verso il proprietario. L'obbligazione di restituirgli la cosa nasce dal giudicato che proclama essere proprietario l'attore che rivendica; prima non esiste legalmente, nè è dato a chi si vanta proprietario di crearla con una sua privata diffida (5).

219. — Non può considerarsi come atto interruttivo l'aliena-

---

(1) Duranton, op. cit., 255, e Borsari, *Comm.*, § 4411, considerano il precetto ed il sequestro come mezzi d'interruzione proprii esclusivamente dell'estintiva.

(2) Art. 745 Cod. proc. civ.

(3) *Idem*, Laurent, XXXII, n. 113.

(4) Art. 2113 e segg. Cod. civ.

(5) Contra, C. C. Roma, 11 maggio 1887, *Legge*, 1887, 2, 400.

zione compiuta dal proprietario del fondo da altri posseduto, benchè sia stata trascritta (1).

È pure pacifico che le istanze in via amministrativa (2) con ricorso ad un'Autorità non avente giurisdizione contenziosa, come sarebbe un reclamo ad un Ministro od al Re (3), non hanno potenza interruttiva.

È pure incontroverso che la semplice notificazione di una sentenza od ordinanza, benchè munita della formola esecutiva, non basta ad interrompere la prescrizione (4). A questa regola faccio una eccezione per la sentenza che condanna a rilasciare immobili colla prefissione di un termine entro il quale debbasi eseguire la consegna. Di vero l'art. 565 Cod. proc. civ. detta che l'intimazione di una sentenza siffatta autorizza l'esecuzione forzata senza bisogno del precetto, ed, equivalendo di conseguenza all'intimazione di precetto, per parità di ragione si deve ritenere interruttiva dell'usucapione.

219[bis]. — Si disputa se un compromesso, il quale rimetta ad uno o più arbitri la risoluzione di una determinata controversia, abbia virtù d'interrompere l'usucapione. I più autorevoli Scrittori francesi insegnano che una virtù siffatta non devesi attribuire al compromesso, sibbene alla posteriore citazione, o volontaria comparizione delle parti dinanzi agli arbitri (5). L'opinione contraria venne fra noi propugnata dal Ricci (6), e più recentemente dal Mirabelli (7). Il nerbo del loro ragionamento sta in questo: essere la potenza interruttiva accordata dal Codice civile alla domanda giudiziale un disposto di Gius comune da applicarsi ogni volta che ricorre la stessa *ratio juris:* e la *ratio juris* ricorrere appunto pel compromesso, con cui si rimette la risoluzione della controversia agli arbitri, poichè esso suppone l'esercizio dell'azione da parte di colui che vanta un diritto contro il suo avversario. Questo argomento, guardato in astratto, è giustissimo; ma la sua applicazione non trova i termini abili nella specie. Il compromesso è una convenzione con cui le parti pattuiscono di " deferire la risoluzione della controversia ad arbitri eletti di comune fiducia ", ma non è

---

(1) *Idem*, Luzzati, *Trascrizione*, vol. II, nn. 420 e 421.

(2) C. C. Roma, 29 maggio 1884, *Legge*, 1884, 2, 472.

(3) C. C. Torino, 20 giugno 1884, *G. T.*, XXI, 623.

(4) C. C. Firenze, 21 giugno 1883, *Legge*, 1884, I, 44.

(5) Laurent, XXXII, n. 119; Troplong, *Prescription*, n. 595; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 511.

(6) V, n. 192.

(7) Op. cit., n. 85.

ancora la citazione per comparire davanti agli arbitri, non una domanda giudiziale e neppure alcun altro degli atti enunciati dall'articolo 2125 Cod. civ (1). Non ostante il compromesso, nessun cambiamento è avvenuto nelle condizioni del possessore. Il suo possesso è sempre il medesimo; tant'è che, se il compromesso per qualsiasi evento non fosse seguito dal giudizio arbitrale e restasse inefficace, non potrebbe seriamente sostenersi che si fosse verificata l'interruzione. Contro la tesi del Ricci e del Mirabelli presta un valido argomento il silenzio serbato dal legislatore intorno alla potenza interruttiva del compromesso. A lui non era ignota la disputa che agitavasi nella dottrina francese a questo proposito, e se suo intendimento fosse stato di assegnare al compromesso la potenza di interrompere, lo avrebbe espressamente manifestato. Puossi quindi applicare colla maggior sicurezza la massima: " quod non dixit noluit „. Non è infine da tacersi che la Romana Giurisprudenza attribuiva la virtù d'interrompere non al compromesso, ma alla citazione per comparire dinanzi agli arbitri, come si raccoglie dalla l. 5, § 1, C. *de recept. arb.*, 2, 56: " plenius tamen et generaliter definimus, conventum in scriptis apud compromissarium judicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario judicio lis fuisset inchoata „ (2).

Se non ha la virtù interruttiva un regolare compromesso, a più forte ragione la si deve negare alle semplici trattative corse tra proprietario e possessore (3).

220. — È senza contrasto riconosciuta la forza interruttiva degli atti di esecuzione. Si domanda per qual ragione il legislatore non ne ha fatto alcun cenno. Non è possibile dare una risposta sicura. Il silenzio del legislatore o si può spiegare colla congettura che, avendo egli parlato del precetto, abbia reputato che *a fortiori* e senza bisogno di esplicita menzione i posteriori atti d'esecuzione sarebbero apparsi come interruttivi, oppure colla ipotesi che dovendosi considerare precetto ed atti posteriori come un *quid* complessivo, come un aggregato formante quello che comunemente si chiama giudizio esecutivo, si debba a questo applicare quella regola, che governa l'azione promossa in giudizio; o può ritenersi l'effetto d'involontaria dimenticanza.

Giova osservare che non è atto esecutivo, e non interrompe la notificazione del titolo esecutivo agli eredi del defunto, la quale

---

(1) *Idem*, LAURENT, XXXII, n. 119.
(2) Vedi MAYNZ, *Droit Romain*, § 257, nota 22.
(3) C. C. Roma, 3 luglio 1884, *Ann.*, 1885.

anzi a tenore dell'art. 500 del Cod. di proc. civ. è un semplice preliminare dell'esecuzione (1).

221. — La domanda giudiziale segna il punto in cui la prescrizione resta troncata; ma la virtù d'interrompere risiede nella sentenza, che, accogliendo la domanda, ordina la restituzione della cosa usurpata, e la riparazione del diritto violato (2).

A questo vero rende omaggio l'art. 2128 Cod. civ., il quale contemplando i casi in cui la domanda non è seguita da una sentenza favorevole, così dispone: " Si ha come non interrotta la prescrizione:

1° Se la citazione od intimazione è nulla per incompetenza dell'ufficiale che l'ha eseguita, o per difetto di forma.

2° Se l'attore recede dalla domanda.

3° Se la domanda è perenta.

4° Se la domanda è rigettata ".

In primo luogo la domanda non interrompe, se la citazione od intimazione è nulla per incompetenza dell'ufficiale che l'ha eseguita (3). In vero è questi, che, esercitando la funzione commessagli dall'autorità sociale, dà autenticità alla intimazione, ma se è incompetente, ad es. un usciere che compia un atto del suo ministero fuori del suo distretto, non è più che un privato, incapace di dare autenticità all'atto notificato, il quale non può rivestire nè il carattere di citazione o d'intimazione, nè la qualità di una solenne protesta di voler conservare il proprio diritto. Questa è la ragione, per cui l'incompetenza dell'ufficiale, che ha eseguita la citazione, ha un'efficacia diversa da quella dell'Autorità, davanti a cui si propone la domanda (4).

---

(1) *Idem*, Laurent, XXVII, n. 112; Ricci, V. n. 189; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 516. Contra C. C. Napoli, 3 marzo 1892, *Legge*, 1892, II, 415.

(2) Questa opinione è sembrata erronea ai Professori Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, I, pag. 1129 e segg., i quali reputano che l'interruzione a mezzo di domanda giudiziale è concettualmente congiunta alla sospensione per tutto il tempo per cui dura il procedimento, ma che essa si produce per semplice effetto della domanda. Ma nel sistema dei due Professori come si spiegano i casi dell'art. 2128 e specialmente quello della perenzione? Nel mio invece non è escluso che fuori delle ipotesi contemplate nell'art. 2128 la domanda giudiziale non seguita da sentenza favorevole non possa qualche volta avere la potenza d'interrompere (vedi infra n. 221*ter*), ma tale potenza si ritiene ad essa attribuita nella funzione non di atto, con cui si esercita il proprio diritto, ma di atto, con cui semplicemente lo si afferma.

(3) La inettitudine ad interrompere della citazione nulla per incompetenza dell'ufficiale ministeriale fu vivamente combattuta tanto nelle discussioni parlamentari, quanto nel seno della Commissione Coordinatrice. *Collezione* Gianzana, II, Discussioni, pag. 334; III, Verbali Comm. di coord., verb. 44, n. 6.

(4) Ricci, V, n. 186.

Anche la citazione od intimazione nulla per difetto di forma non ha virtù interruttiva. I casi, in cui la citazione è nulla, sono enunziati dall'art. 145 Cod. proc. civ., ed illustrati nei trattati di *Diritto giudiziario.*

Bisogna coordinare il disposto dell'art. 2128 Cod. civ. col capoverso del citato art. 145 Cod. proc. civ., secondo il quale, quando la nullità riguarda soltanto la notificazione dell'atto, la citazione è nondimeno idonea ad impedire ogni decadenza di diritto o di termini, purchè sia rinnovata nel nuovo termine da stabilirsi nella sentenza che ne pronunzia la nullità. Di vero nella citazione si distingue la domanda, che è opera della parte richiedente, dalla notificazione che è opera dell'usciere. Sta bene, che, quando la domanda è affetta da qualche vizio essenziale, la nullità cada sulla parte medesima, ma non sarebbe giusto il far pesare su di lei l'errore dell'usciere, del cui ministero essa ha dovuto servirsi per farla intimare al convenuto. A questa distinzione tra le due specie di nullità risponde l'art. 145 cap. Cod. proc. civ. salvando da ogni decadenza di diritto o di termini l'attore, quando è nulla la sola notificazione. Ora è ragionevole il ritenere, che fra i termini, i quali sono fatti salvi da questo benigno capoverso, siavi anche la prescrizione dell'azione dedotta in giudizio. Ed in questo senso si sono affermate la più autorevole dottrina e la prevalente Giurisprudenza (1).

221 *bis*. — Si domanda per qual motivo il legislatore abbia ritenuto sufficiente ad interrompere la prescrizione la citazione a comparire davanti ad un Giudice incompetente, ed inetta al contrario quella affetta da una nullità di forma. L'*Exposé des motifs de Code français* spende la distinzione per una conseguenza delle consuetudini vigenti prima della codificazione; il che può esser vero, ma non costituisce una ragione e tanto meno una buona ragione. Alcuni Scrittori attribuiscono il favore accordato alla citazione davanti un Giudice incompetente alla facilità di errare riguardo alla competenza (2). Altri infine dicono che la citazione nulla per difetto di forma non manifesta legalmente la volontà d'interrompere la prescrizione (3). Quest'ultimo argomento prova troppo: perchè, se,

---

(1) Ricci, *Comm. al Cod. di proc. civ.*, vol. 1, n. 316; Mattirolo, *Diritto Giudiziario*, vol. II, n. 113; C. C. Torino, 21 marzo 1884, *G. T.*, XXI, 420, in un caso in cui la citazione erasi dichiarata nulla in causa dell'erronea indicazione della persona, a cui l'usciere aveva rimesso la copia; C. A. Torino, 17 dicembre 1873, *G. T.*, XI, 75.

(2) Duranton, n. 265.

(3) Ricci, V, n. 186.

ad esempio, il proprietario avesse convenuto il possessore con una azione rivendicatoria davanti un Conciliatore, non so come potrebbe dirsi legalmente manifestata la volontà di conservare il suo diritto. Ragioni giuridiche a parer mio non ve ne sono; ve ne sarebbero invece a sostegno di una contraria definizione. I vizi e le omissioni di pura forma, non meno che gli errori riguardo alla competenza non sono quasi mai imputabili alle parti personalmente; sibbene ai procuratori ed avvocati che ne difendono le ragioni. Si faccia l'esempio di una citazione in procedimento formale davanti ad un Tribunale civile nulla perchè non menziona il nome del Procuratore dell'attore (1), e poi si dica se questi non abbia con sufficiente energia manifestato la sua volontà di rivendicare il suo fondo, e se il convenuto non ne sia stato a sufficienza avvertito. Il problema avrebbe differenti termini, e dovrebbe diversamente risolversi, se la citazione fosse nulla per assoluta incertezza intorno all'oggetto della domanda, alle persone dei contendenti, all'autorità giudiziaria, davanti alla quale deve celebrarsi il processo. In questi termini ben si può dire che l'intenzione dell'attore non è seriamente rivelata, e che il possessore non fu solennemente diffidato.

Insomma a definire rettamente in ogni singola contingenza il difficile problema solo mezzo acconcio sarebbe il prudente arbitrio del Giudice. Ma il rimedio spaventa per il timore che riesca peggiore del male. Fu quindi mestieri che il legislatore adottasse quel temperamento, che gli parve apportare il maggior vantaggio col minor danno, poichè esclude qualsiasi incertezza e qualsiasi arbitrio. Talvolta soccombe anche chi è immune da colpa; ma il sacrificio è l'effetto ordinario di qualunque regola di diritto.

221 *ter*. — Avendo il legislatore negato l'effetto interruttivo soltanto alla citazione nulla per difetto di forma, devesi ritenere che sia atta ad interrompere la citazione che è nulla per difetto di capacità della persona istante. Benchè l'incapacità sia relativa e deducibile solo dalla persona interessata, tuttavia il convenuto può giustamente chiedere di essere licenziato dal giudizio irregolarmente istituito. Ma è conforme a giustizia ed equità che la citazione, benchè inetta a fondare un giudizio regolare, abbia pur sempre la virtù interruttiva (2).

---

(1) C. C. Torino, 12 marzo 1887; C. A. Torino, 29 novembre 1895, *G. T.*, 1887, 201; 1896, 73.

(2) *Idem*, TROPLONG, *Prescr.*, n. 599; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Op. cit., n. 500; RICCI, V, n. 186.

222. — In secondo luogo si reputa non avvenuta l'interruzione, se l'attore recede dalla domanda, perchè la rinunzia dimostra che egli stesso non nutre alcuna fiducia nel buon fondamento delle sue pretensioni, od almeno nell'esito favorevole della lite. Il recesso, di cui è cenno in questo articolo, non è quello dal merito che importa riconoscimento dell'altrui diritto, sibbene la rinunzia agli atti del giudizio disciplinata dagli art. 343 e segg. del Cod. di proc. civ. (1).

Per parità di ragione si riterrà che la domanda riconvenzionale non ebbe efficacia interruttiva, se il convenuto l'abbia in corso di causa abbandonata.

223. — In terzo luogo l'usucapione si considera come non interrotta, quando la domanda è perenta. La perenzione sta all'istanza, come la prescrizione all'azione. Questa consuma l'azione, quella l'istanza. Come l'azione prescritta si pareggia a quella non mai esistita, così l'istanza perenta è come non fosse mai stata promossa. Inoltre l'attore, che dopo di aver promossa l'azione per tanto tempo la trascura, mostra di non aver molta fiducia nel buon esito della medesima (2).

Le norme, che regolano la perenzione, sono riservate alla civile procedura; tuttavia non posso astenermi dal rilevare una difficoltà, a cui dà luogo l'art. 341 Cod. proc. civ., il quale detta che la perenzione non estingue nè gli effetti delle sentenze pronunziate, nè le prove che risultino dagli atti. Ora come possono essere salvi gli effetti delle sentenze, che abbiano già modificato lo stato delle cose, se la prescrizione non si è interrotta ed è venuta a compimento? Un criterio positivo per risolvere l'antinomia non esiste perchè il Codice di procedura e quello civile sono coevi. Bisogna risalire ai principii, i quali impongono la prevalenza del disposto dell'art. 2128, che senza distinguere caso da caso stabilisce, che l'istanza perenta non interrompe, e deve quindi essere applicato quand'anche nel corso del litigio siano emanate sentenze interlocutorie, perchè anche in questo caso l'istanza è perenta. A ciò si aggiunga non essere probabile che una disposizione della legge del rito, in cui non è scritta una deroga espressa, modifichi nella sua sostanza un precetto sancito dal Codice civile (3).

---

(1) Duranton, n. 266.

(2) Appena è mestieri osservare che la perenzione dell'istanza non trae seco di necessità la prescrizione del diritto, di cui si domandava il riconoscimento, eccetto che essa non siasi compiuta durante le more del giudizio perento.

(3) In questo senso C. A. Torino, 26 febbraio 1869, *G. T.*, VI, 432; C. C. Torino, 12 settembre 1889; 22 novembre 1895; *G. T.*, 1889, 792; 1895, 797. Contra, C. A. Casale, 24 gennaio 1894, *G. T.*, 1894, 190.

223[bis]. — La perenzione dev'essere opposta da chi intende profittarne, prima di ogni difesa (art. 340 Cod. proc. civ.). Non opposta, non opera; e continua quindi l'effetto interruttivo dell'istanza. Il Laurent (1) insegna che tale effetto non può durare sino all'infinito: che la consunzione dell'azione, ove non si compia in virtù della perenzione, si compirà ad ogni modo per l'opera della prescrizione, la quale estingue ogni sorta di azioni ed in ogni caso.

Non posso approvare questa opinione, la quale confonde due cose distinte, il diritto, e l'azione con cui lo si difende. Su quello agisce la prescrizione, la quale resta interrotta dall'azione giudiziaria, su questa al contrario opera la perenzione, purchè sia invocata espressamente e prima di ogni altra difesa. Nel nostro diritto non è più riprodotta la disposizione della l. ult. *C. de praescript.* 30 *vel* 40 *ann.*, che aveva sancito una speciale prescrizione quadragenaria dell'azione dedotta in giudizio dall'ultimo atto di procedura: " Sed licet personalis actio ab initio fuerit instituta, eam tamen in quadragesimum annum extendimus... Quod tempus (idest quadraginta annorum spatium) ex eo numerare decernimus, ex quo novissima processit cognitio, post quam utraque pars cessavit ". Non opposta, la perenzione è *tamquam non esset;* il giudizio si considera come regolarmente continuato, e persistente di conseguenza l'effetto interruttivo che ne deriva, per quanto lungo sia stato il silenzio delle parti. Non si può concedere alla parte interessata d'invocare la prescrizione dell'istanza, di cui non ha opposta a tempo opportuno la perenzione, senza conculcare il precetto di legge, che la perenzione dev'essere invocata prima ed avanti ogni cosa (2).

224. — In quarto ed ultimo luogo si considera come non interrotta la prescrizione, quando la domanda è rigettata. Il motivo della disposizione è evidente. La sentenza che respinge la domanda stabilisce che essa o non ha ragion d'essere o che ad ogni modo fu irregolarmente proposta sì da non poter toccare la meta che l'attore si era prefissa; ora una domanda che non raggiunge il suo scopo, non può ritenersi come una seria affermazione del diritto. Riconoscere ad essa la virtù interruttiva equivarrebbe a manomettere la cosa giudicata.

La legge non esige che il rigetto della domanda avvenga per ragioni di merito e sia definitivo; essa non distingue e perciò ab-

---

(1) XXXII, n. 100.

(2) Confor. Mirabelli, Op. cit., 81; C. C. di Torino, 22 giugno 1880, *G. T.*, 1880, 599. La opinione combattuta nel testo venne abbracciata dalla C. C. Napoli, 24 febbraio 1876 (*Legge*, 1876, 1, 512).

braccia anche il caso in cui la domanda sia respinta allo stato degli atti perchè irregolarmente proposta sia pel tempo, sia pel modo, ed in cui per tanto l'azione non sia irreparabilmente pregiudicata e possa in avvenire essere nuovamente proposta. Dicasi anzi che il rigetto allo stato degli atti e determinato da ragioni puramente processuali dev'essere quello, a cui il legislatore ha in particolar modo rivolto il pensiero, e in cui specialmente si manifesta l'attività della disposizione in disamina; poichè nella ipotesi di un rigetto definitivo alla riproposizione della stessa domanda osta il giudicato (1).

Tuttavia non è a dirsi che anche in questa ultima ipotesi non possa mai trovare applicazione il disposto in esame. Pongasi che Tizio abbia rivendicato un fondo, ma che la sua azione sia stata respinta per non essere egli riuscito nella prova della proprietà da lui vantata, e che in appresso ripresenti la stessa domanda *ex nova causa* per un acquisto posteriormente fatto. Pongasi ancora che il proprietario abbia dapprima agito coll'azione possessoria, la quale, come si è veduto al n. 216, interrompe l'usucapione, e che sconfitto in possessorio istituisca poi il petitorio. In entrambe queste specie l'usucapiente non può opporre al suo avversario la cosa giudicata perchè di essa manca uno dei termini, la *eadem causa petendi*, ma ben può opporre l'usucapione, la quale non è rimasta interrotta per effetto delle precedenti domande state rigettate.

225. — Le disposizioni dell'art. 2128 sono tassative. All'infuori di essa sta la norma dell'art. 2125 secondo cui la domanda giudiziale è un fatto interruttivo per sè solo, indipendentemente dal successo che possa per avventura conseguire come mezzo, con cui si esercita il proprio diritto (2). Così la mancata comparizione dell'attore e del convenuto nel termine o all'udienza prefissa fa cadere la *vocatio in jus*, ma non toglie alla citazione la virtù interruttiva (3). In questo ed altri simili casi la citazione non ottiene l'effetto processuale ma produce quello conservativo ed interruttivo.

(1) Confor. Duranton, 266; Laurent, XXXII, 101; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 505; Ricci, V, 107; Mirabelli, Op. cit., 83; C. C. Napoli, 23 gennaio, 1873, *G. T.*, 1873, 273; C. C. Torino, 17 marzo 1888; 20 maggio 1899; *G. T.*, 1899, 1103; 1888, 307. Contra C. C. Torino, 15 settembre 1875, *Legge*, 1876, I, 249.

(2) Vedi sopra pag. 459, nota 2.

(3) Confor. C. C. Torino, 22 settembre 1897, *G. T.*, 1897, 1269; C. A. Cagliari, 4 aprile 1888, *Legge*, 1888, I, 815.

225[bis]. — La teoria dell'interruzione dà luogo ad eleganti questioni intorno all'efficacia del precetto perento, intorno all'interruzione della prescrizione dell'azione ipotecaria riguardo al terzo possessore ed intorno all'attitudine della citazione od intimazione affetta da qualcuna delle nullità prevedute dall'art. 2128 a valere come atto di costituzione in mora. Così pure si collega col tema dell'interruzione il disposto dell'art. 2136 Cod. civ., il quale obbliga il debitore di una rendita o di una prestazione annua qualunque la quale debba durare per più di trent'anni, a somministrare al creditore un documento di ricognizione del debito. Tutti questi argomenti concernono la sola prescrizione estintiva, e nella parte, che si occuperà di questa, troveranno luogo acconcio.

226. — L'alinea dell'art. 2125 Cod. civ. detta che la chiamata o la comparizione volontaria per la conciliazione interrompe la prescrizione, semprechè la domanda giudiziale sia fatta nel corso di due mesi dàlla non comparsa davanti al Conciliatore o dalla non seguita conciliazione. Il nostro legislatore ha letteralmente riprodotto il modello Francese, senza considerare la radicale differenza, che in questa materia esiste fra i due sistemi di procedura. Di vero in quello Francese, che impone il tentativo di conciliazione come un preliminare obbligatorio della lite (articolo 48, *Code de procédure*), era logico e giusto che il Codice civile attribuisse la potenza d'interrompere alla chiamata o comparizione in conciliazione, poichè tale atto introduttivo della lite manifesta la decisa volontà di esercitare il proprio diritto ricorrendo ai mezzi legali. La coerenza del sistema francese si manifesta anche in questo: che avendo il Codice di procedura stabilito un termine dopo il tentativo di conciliazione per proporre la domanda al Giudice competente, il Codice civile sancì che la chiamata o comparizione volontaria avesse forza interruttiva, solo allora che la citazione seguisse entro il termine di legge. Nel sistema francese dominava poi un motivo di equità, che il Laurent (1) acutamente mise in luce: " Supponiamo, scrive egli, che il termine della prescrizione sia prossimo a spirare; l'attore ha il diritto d'interromperlo con una domanda giudiziale, ma la legge lo obbliga a chiamare anzitutto il suo avversario davanti al giudice di pace. Donde segue, che, se nel frattempo la prescrizione continuasse e si compiesse, il rivendicante rimarrebbe privo del suo diritto. La legge ha quindi dovuto accordare forza interruttiva alla chiamata in conciliazione ".

Quest'armonia logica ed equa di disposizioni, questa corrispon-

(1) XXXII, n. 102.

denza tra la legge del rito e quella del diritto, non hanno riscontro alcuno nella patria legislazione, la quale abolì l'obbligo di un previo tentativo di conciliazione. Quindi non più termini perentorii per proporre la citazione in giustizia; il proprietario, libero da ogni pastoia, può anche all'ultimo momento intentare l'azione giudiziale ed interrompere l'usucapione (1). Mancava ogni opportunità di trasportare nel nostro Codice un disposto, che presso di noi non ha ragion d'essere. Il tentativo di conciliazione si doveva lasciare sotto il governo del Gius comune, in virtù del quale o la conciliazione si verificava, ed allora l'accordo delle parti avrebbe esercitato sull'usucapione incoata l'influenza, che secondo le circostanze avrebbe dovuto produrre, o non riusciva, ed allora il proprietario si sarebbe provveduto nei modi ordinarii, senzachè l'usucapione fosse stata impedita dal suo spontaneo tentativo di un amichevole componimento.

Adunque nel sistema del patrio diritto questo disposto può trovare la sua sola giustificazione nel benigno riguardo che il legislatore credette equo di usare a colui, che prima di discendere alla lotta ha voluto con ogni suo sforzo tentare le vie amichevoli (2).

Si disputa se il tentativo di conciliazione abbia forza interruttiva quando riguarda diritti, intorno ai quali non sia permesso dalla legge di transigere. La controversia non ha alcuna importanza per la prescrizione acquisitiva, laonde la riserbo per quella parte, ove si studierà la estintiva.

227. — Gli atti, che finora abbiamo investigato, producono lo effetto d'interrompere la prescrizione indipendentemente dalla volontà del prescrivente, ed anzi spesso contro la stessa sua volontà. Ora scendiamo ad esaminare quegli altri che lo producono mediante un atto spontaneo del prescrivente medesimo.

L'art. 2129 Cod. civ. così suona: " La prescrizione è pure interrotta civilmente, quando il debitore od il possessore riconosce il diritto di quello, contro cui era cominciata „. A questo proposito è opportuno ricordare che il fatto di riconoscere l'altrui diritto non importa di per sè solo la mutazione del possesso legittimo in un precario proprio od improprio; e che ha questa sola conseguenza necessaria, che la nuova usucapione, essendo inquinata dalla mala fede, non potrà compiersi se non col possesso trentennario (3). Anzi

---

(1) Vedi in questo senso osservazioni del Niutta in seno alla Commissione di Coord. *Collezione* Gianzana, III, Verbali, pag. 420.

(2) Nello stesso senso Ricci, V, n. 190; Mirabelli, Op. cit., 92.

(3) Vedi sopra n. 166.

quando chi riconosce l'altrui diritto, dichiari eziandio di voler possedere a nome del proprietario, l'usucapione diventa impossibile, e cessano del tutto i termini dell'interruzione, la quale ha per suo supposto che il possessore ricominci ad usucapire.

Il riconoscimento ha una grande somiglianza colla rinunzia, la quale, come vedemmo, è pur essa un atto unilaterale di colui che ha usucapito. Ma tra i due atti intercede un'essenziale differenza: il riconoscimento presuppone un'usucapione che sia ancora in via, la rinunzia per converso un'usucapione già compiuta: quello è di propria natura un atto abdicativo; questa è sostanzialmente traslativa.

Il disposto di legge, che accorda la virtù interruttiva al riconoscimento dell'altrui diritto, non è in urto con quello, che vieta la rinuncia anticipata. Ho chiarito a suo luogo che cosa debba intendersi per rinuncia preventiva e le ragioni per le quali la legge l'ha proibita (1). Ma sarebbe stata d'altra parte un'immorale coercizione delle coscienze il vietare lo spontaneo riconoscimento del buon diritto altrui. In qualunque tempo ciò avvenga, la legge rispetta una coscienza onesta e delicata. Se si verifica mentre l'usucapione corre, ha luogo il riconoscimento che la interrompe; se ad usucapion compiuta, la rinuncia che elimina l'acquisto già perfetto. Che se non ostante il riconoscimento o la rinuncia, il possessore è lasciato nel possesso, incomincia una novella usucapione pel motivo che l'azione del privato non può influire sul futuro.

228. — La ricognizione dell'altrui diritto non è dalla legge sottoposta ad alcuna formalità: può quindi essere espressa, e può anche essere tacita purchè dall'atto si congetturi chiaramente la volontà di riconoscere l'altrui diritto; e può anche essere semplicemente presunta, consistente cioè in un fatto che sia incompatibile coll'intenzione di valersi dell'usucapione. Si avrà il riconoscimento espresso nell'ipotesi, ad esempio, che Tizio, dopo aver fatto dei lavori visibili e permanenti per deviare le acque derivanti dal fondo di Cajo a vantaggio di un suo fondo contiguo, rilasci a Cajo un documento comprovante che egli non aveva diritto di fare quelle opere. Si avrà quello tacito nel fatto di colui che, godendo di una derivazione di acqua per un uso determinato, ricorra al proprietario per ottenere il permesso di rivolgerla ad un uso diverso (2).

Il riconoscimento non è una convenzione, perchè non ha per iscopo di creare alcun rapporto giuridico tra proprietario e posses-

(1) Sopra, n[i] 68 e 69.
(2) C. A. Torino, 2 dicembre 1865, *G. T.*, III, 67.

sore; ma è un atto unilaterale, alla cui validità non è punto richiesto l'intervento e tanto meno l'accettazione del proprietario, contro cui procedeva l'usucapione (1). Tuttavia giova rilevare come tra il riconoscimento avvenuto in presenza del proprietario e quello compiutosi in sua assenza corra una non lieve differenza. L'atto del possessore, che rende omaggio al diritto del proprietario presente, non suscita alcun dubbio intorno alla sua volontà di togliere ogni efficacia al precedente possesso. Per converso, quando il proprietario è assente, il fatto del possessore che dichiara di conoscerne il diritto, non include necessariamente una ricognizione atta ad interrompere l'usucapione, perchè la conoscenza dell'altrui diritto esplicitamente confessata è una prova luminosa della mala fede, la quale da sè sola non può cancellare gli effetti del possesso già esercitato. Perchè si verifichi l'interruzione, occorre eziandio, che il possessore abbia la volontà di rendere omaggio al diritto del proprietario e di non valersi dell'usucapione già decorsa. L'esistenza di questi estremi deve stabilirsi mediante un'indagine del fatto rimessa al senno del Giudice.

229. — Il riconoscimento deve provenire da colui che invoca la prescrizione o da un suo legittimo rappresentante (2). Fin qui la cosa è certa, ma gravi dubbi insorgono invece, quando si passa a ricercare la capacità di colui che riconosce l'altrui diritto, e interrompe così l'usucapione. Su questo proposito la legge è muta; laddove essa aveva espressamente disposto che chi non può alienare, non può rinunciare alla prescrizione compiuta (art. 2108 Cod. civ.). Il precetto di legge è giustissimo, perchè la rinuncia è nella sua sostanza l'alienazione di un diritto. Ma è esso applicabile al riconoscimento, di cui all'art. 2129? Il silenzio mantenuto dalla legge non può di per sè solo fornire un argomento per rispondere in senso negativo, perchè l'art. 2108 sanziona un principio di diritto comune, che deve essere applicato ogni volta che milita la stessa *ratio legis*. E non è senza importanza ciò che a suo luogo avevo già rilevato, che l'art. 2108 non ha tanto per iscopo di sancire quel principio, che, essendo certo ed accettato da tutti, non aveva bisogno di un'esplicita sanzione, quanto di coartare entro razionali confini la finzione, per cui la rinuncia all'usucapione compiuta è abdicativa e non traslativa. La questione adunque consiste

(1) Ritornerò sulla questione nella 2ª Parte di questo Trattato, dove troverà sede più acconcia, perchè l'attività della ricognizione interruttiva si spiega specialmente sul terreno della estintiva.

(2) C. C. Torino, 16 novembre 1883, *G. T.*, 1883, 1170.

tutta nel vedere se tra la rinuncia alla usucapione compiuta e la ricognizione interruttiva esista una tal ragione di analogia da autorizzare l'estensione a questa della regola dettata per quella.

Per porre in essere l'analogia è stato detto che il riconoscimento, se non è una vera alienazione come la rinunzia all'usucapione compiuta, è pur sempre l'abbandono di un effetto risultante dal possesso, che avrebbe potuto col decorso del tempo condurre all'acquisto della proprietà (1). La equiparazione del riconoscimento alla rinunzia non regge al più superficiale esame, pel motivo perentorio che il riconoscimento non è l'equivalente di un'alienazione. Chi è in via di usucapire, non ha ancora alcun diritto; ed anzi possono verificarsi molti eventi valevoli ad impedire che il probabile si muti in reale; che l'usucapione raggiunga la sua meta.

Tra gli effetti del riconoscimento e quelli della rinuncia intercede quella sostanziale differenza, che separa l'abbandono di un diritto perfetto da quello di una semplice aspettativa di diritto. La soluzione del problema non si deve cercare nel solo disposto dell'art. 2108, ma nelle norme generali di diritto. In conformità di esse ritengo che il demente ed il furioso, come quelli che sono privi di intelligenza, e il minore non emancipato e l'interdetto, perchè privi di capacità giuridica, non possono compiere una ricognizione valida. Come pure mi sembra che la donna maritata, non potendo danneggiare i diritti del marito, a cui sono dalla legge riservati l'amministrazione ed il godimento dei fondi dotali, non abbia la potestà di compiere a riguardo di questi un riconoscimento efficace; e che all'incontro una ricognizione valida a pieno possa emettere senza bisogno di autorizzazioni riguardo ai suoi beni parafernali, essendo a tale ricognizione estraneo affatto l'art. 134 Cod. civ. E penso infine che un mandatario convenzionale senza speciali poteri espressamente concessigli non possa validamente interrompere l'usucapione incoata dal suo rappresentato (2).

Il maggior dissidio ferve riguardo agli amministratori legali, a cui la dottrina generalmente seguìta nega la potestà di compiere un riconoscimento efficace. Ma è ciò giusto? Pongasi che, avendo il tutore del pupillo aperta a distanza illegale una finestra prospiciente l'altrui fondo, il vicino minacci d'intentare una lite, se la finestra non vien chiusa. Il tutore, convinto che il vicino ha ragione,

---

(1) LAURENT, XXXII, n. 124.

(2) Non contraddice la sentenza 15 febbraio 1899 della C. A. Torino, *G. T.*, 1889, 479; perchè in tanto ritenne un riconoscimento interruttivo nelle ammissioni fatte dal procuratore alle liti nella prima comparsa, in quanto considerò come opera e confessione di parte le dichiarazioni contenute nel primo atto di causa.

desiderando di conservare al pupillo il beneficio della finestra e d'evitargli una lite temeraria, rilascia al vicino una dichiarazione dove attesta che la finestra venne abusivamente aperta e riconosce il buon diritto del vicino. Se questa dichiarazione non interrompe l'usucapione della servitù di prospetto, il vicino sarà costretto a promuovere, ed il pupillo a sostenere una lite evidentemente ingiusta colla certezza di soccombere e di pagare le spese. Nessuno negherà che il tutore, riconosciuta l'illegalità della finestra, ben poteva otturarla. E se tanto poteva, con qual logica si contrasta che egli possa addivenire ad un atto meno importante e più vantaggioso al pupillo, quale si è quello di ottenere che la finestra resti aperta, pur di riconoscere il diritto del vicino che è manifesto?

Indarno si obbietterebbe che ad ogni modo la potestà di riconoscere il diritto del proprietario sconfini dai poteri dell'amministratore. Per certo, se egli spontaneamente, per solo impulso di generosità o per scrupolo di coscienza, senza alcun vantaggio pel pupillo, riconoscesse il diritto del proprietario, trascenderebbe i limiti segnati al suo ufficio, e compierebbe un atto improduttivo di giuridici effetti. Quando per converso la ricognizione è consigliata dal bisogno di risparmiare alla persona amministrata litigi inutili e dispendiosi, perchè il diritto, di cui il proprietario esige il riconoscimento, è certo e luminoso, essa costituisce un atto di buona ed oculata amministrazione. Insomma si tratta di un'indagine di fatto e non di diritto. Il Giudice ricercherà nelle circostanze se la ricognizione costituisca o no un atto di semplice amministrazione e secondo il risultato di questa indagine deciderà se essa abbia avuto la potenza d'interrompere l'usucapione.

Nè osta a questa dottrina il disposto dell'art. 1361 Cod. civ., il quale espressamente sancisce che " per produrre i suoi effetti la confessione deve essere fatta da persona capace di obbligarsi "; perchè tale disposto deve coordinarsi con quello dell'alinea dello stesso art. 1361, ov'è stabilito che la confessione degli amministratori legali pregiudica agli amministrati, quando sia fatta nei casi e nei modi per cui essi possono obbligare questi ultimi. L'alinea dell'art. 1361 riporta la questione sul terreno, in cui io l'ho posta; e fornisce un nuovo puntello a sostegno della mia tesi, perchè ove la ricognizione sia emessa in circostanze tali da farne un atto di buona amministrazione, si reputerà fatta in uno dei casi e modi per cui il tutore può obbligare il pupillo, e sarà valida di fronte a questo (1).

(1) Confor. Mirabelli, Op. cit., 99; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 534 e segg. Contra Laurent, XXXII, n. 124; Ricci, V, n. 197; Borsari, § 4417.

Cogli stessi criterii dovrà risolversi la questione riguardo alle persone che hanno una capacità limitata agli atti di semplice amministrazione, come i minori emancipati e i maggiori inabilitati.

229[bis]. — È appena necessario poi di osservare che il riconoscimento deve essere un atto libero e spontaneo; e sarebbe quindi senza valore ogni volta che il consenso fosse affetto da errore, dolo e violenza.

Si chiede se il riconoscimento possa essere subordinato ad una condizione, mancando la quale debba ritenersi come non avvenuto. Al quesito bisogna rispondere distinguendo: o il riconoscimento condizionato fa parte integrale di un negozio giuridico bilaterale, ed allora, venendo meno la condizione, cessa tutto il rapporto contrattuale; od al contrario è costituito da un atto unilaterale dotato di un valore logico del pari che qualsiasi altra prova di un fatto fecondo di giuridiche conseguenze, ed in tal caso tale elemento logico non potrà essere eliminato dalle limitazioni che il possessore abbia creduto d'imporre alla ricognizione, perchè la esistenza di un fatto è cosa sottratta all'orbita di azione della volontà individuale.

230. — Riguardo alla prova dell'interruzione, bisogna distinguere la naturale dalla civile. La prima è un puro fatto che si può provare con ogni mezzo, non escluse le testimonianze e le presunzioni semplici. Quanto alla civile bisogna ancora distinguere secondochè avviene in uno dei modi enunziati nell'articolo 2125 Cod. civ., ovvero mediante un atto di riconoscimento. L'interruzione prodotta da una domanda giudiziale, da un precetto, ecc., non si prova che colla esibizione del documento, e solo in caso di sottrazione, distruzione o perdita di esso, si potranno ammettere altri mezzi di prova. Quando l'interruzione è stata compiuta mediante il riconoscimento, occorre distinguere secondochè l'atto interruttivo è unilaterale o invece bilaterale. Al primo torna completamente estraneo il divieto della prova testimoniale oltre ad un certo valore. Ma se il riconoscimento fa parte di una convenzione stipulata tra il proprietario e il possessore, si deve applicare il precetto portato dall'art. 1341 Cod. civ., e proscrivere la prova orale, ogni volta che il valore del diritto formante l'oggetto dell'usucapione superi le 500 lire.

231. — Cogli atti interruttivi, di cui ho finora tenuto discorso, ha grande affinità un altro mezzo, che la legge ha accordato al proprietario o titolare del diritto sospeso da un termine o da una condizione per premunirsi contro l'opera dell'usucapione. È quello

sanzionato dall'art. 2126 Cod. civ., il quale così suona: " Per interrompere la prescrizione può la domanda giudiziale venir proposta contro il terzo all'oggetto di far dichiarare la sussistenza del diritto, ancorchè questo sia sospeso da termine o da condizione " (1).

Per ben comprendere il disposto dell'art. 2126 Cod. civ. bisogna coordinarlo coi precedenti art. 2120 e 2121. Esaminando questi due articoli, abbiamo veduto che il legislatore alla regola da lui sancita, che la prescrizione non corre riguardo ai diritti sospesi da un termine o da una condizione, al fondo dotale ecc., introdusse un'eccezione per la quale a favore del terzo possessore l'usucapione trentennaria continua il suo corso non ostante quelle cause sospensive. Il titolare del diritto condizionale vien posto in una situazione assai difficile e pericolosa di fronte al terzo, perchè, come disse la C. C. Roma (2), egli non ha alcuna azione da esperire direttamente contro di questo, il quale può continuare a possedere e compiere così l'usucapione senza paura di essere molestato. All'inconveniente ripara l'art. 2126 Cod. civ. (3), il quale, trasportando nel nostro diritto positivo l'*action d' interruption* vigente nelle consuetudini Galliche e per una strana ventura non espressamente adottata dal Legislatore Francese, al titolare del diritto condizio-

(1) Questo modo d'interruzione è l'*action d'interruption*, che dagli Scrittori Francesi si celebra come un parto ammirando del loro diritto nazionale. Mi piace di riferire gli elogi che ne fa il Troplong. Dopo d'aver ricordato le due diverse opinioni seguite dai Pratici circa la determinazione del momento iniziale della prescrizione dell'azione ipotecaria competente al creditore contro il terzo possessore dello stabile ipotecato, volendo gli uni che l'azione rimanesse sospesa fino a che non si fosse inutilmente escusso il debitore secondo il Capo 1° della Novella 4 di Giustiniano, volendo gli altri che l'azione rimanesse sospesa nel solo caso in cui il debito fosse condizionale, così continua: " Questo doppio scoglio delle opinioni, che dividevano gl'Interpreti, non isfuggì alla perspicacia dei nostri antichi Giureconsulti, e per evitarlo l'ingegno francese, amico della buona fede e del credito molto più che di una cieca docilità alle Leggi Romane, ideò l'azione d'interruzione mediante la quale si concludeva anche prima di escutere il debitore ed i fidejussori per la dichiarazione del vincolo a cui era soggetto il fondo ipotecato " (*Prescr.*, n. 792). Ma a raffreddare alquanto cotali entusiasmi osserva acutamente il Tartufari che l'ingegnosa invenzione del Genio Francese ha una grande rassomiglianza colla protesta, che il Diritto Giustinianeo autorizzava per interrompere la prescrizione, come risulta dalle ll. 2 e 3, C. *de ann. except.*, 7, 40, e dalla l. 5 C. *de duob. reis*, 8, 40 (Op. cit., n. 806).

(2) 31 marzo 1887 (*Legge*, 1887, 2, 5).

(3) Tale essendo lo scopo dell'azione interruttiva, è manifesto che il suo esercizio non è subordinato alla preesistenza di un'impugnativa per parte del terzo possessore, come rettamente giudicò la C. C. Roma, 19 luglio 1897, *Legge*, 1897, II, 649.

nale offre un comodo mezzo per far accertare il suo diritto anche di fronte al terzo, ed interrompere la prescrizione trentennaria, che corre a favore di questo (1).

231[bis]. — Resta solo da vedere quale sia il Giudice competente ed a carico di quale delle parti vadano le spese del giudizio. Per risolvere il primo problema bisogna definire la natura dell'azione d'interruzione. Ora io penso che essa sia reale, poichè ha per oggetto il riconoscimento e la conservazione di diritti reali come sono necessariamente quelli, su cui opera la prescrizione acquisitiva. Valga una delle specie prese a modello, quando discorremmo dei diritti sospesi da condizione. Taluno acquista un fondo sotto condizione. Mentre la condizione pende, il fondo è venduto *a non domino* ad un terzo, il quale se ne mette in possesso. Il titolare del diritto condizionale intenta l'azione interruttiva contro il terzo possessore. È evidente che quegli promuovendo l'accertamento giudiziale del suo diritto ha per iscopo di assicurare la proprietà, che dovrà spettargli al momento in cui la condizione si verificherà (2), col premunirla dall'opera corrosiva dell'usucapione trentennaria. L'azione ha quindi un carattere eminentemente reale. Che poi sia immobiliare è cosa di per sè chiara, poichè il suo oggetto non può essere che un immobile od un diritto reale immobiliare (art. 415 Cod. civ.). Donde segue che il solo fòro competente è quello *rei sitae*, ove devonsi a tenor di legge proporre tutte le azioni reali immobiliari (art. 93 Cod. proc. civ.) (3).

Quanto alle spese il criterio direttivo è questo: La necessità di trascinare il terzo possessore in giudizio per ottenervi la declaratoria *juris* non può derivare che da un suo ingiustificato rifiuto di rilasciare volontariamente ed in via amichevole un atto ricognitivo dell'altrui diritto. Adunque, se il titolare del diritto senza prima interpellare il possessore ed esibirgli i documenti giustificativi delle sue ragioni lo ha evocato in giudizio, dovrà pagare le spese, che cagionò colla sua negligenza, e che sono fatte nel suo esclusivo interesse; le pagherà invece il possessore, se,

(1) Nella prescrizione acquisitiva, massimamente se si accetta la teoria da me insegnata riguardo alla interpretazione dell'art. 2121 (sopra n° 200 e segg.), il disposto dell'art. 2126 non può avere in pratica che rarissimi casi di applicazione.

(2) Citata sent. 31 marzo 1887, C. C. Roma.

(3) Anche le cose mobili possono essere oggetto della prescrizione acquisitiva; ma il caso è tanto raro, che è lecito non tenerne calcolo, massimamente poi in materia di acquisti condizionali.

quantunque invitato in via amichevole, non volle riconoscere l'altrui diritto.

232. — Ed ora scendiamo a determinare gli effetti dell'interruzione. A codesto proposito devesi distinguere la naturale dalla civile. La prima produce i suoi effetti in favore di tutti gli interessati, secondo la massima tramandataci da Gajo: " quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur, sed adversus omnes " (1). Da chiunque ed in qualunque modo venga naturalmente compiuta l'usurpazione del possesso, il proprietario avrà diritto di prevalersene, perchè, mancato il possesso, fattore precipuo dell'usucapione, questa cessa realmente e non per finzione di legge. Ma l'efficacia dell'interruzione naturale è limitata a quel diritto, il cui possesso venne a cessare. Così se taluno esercita due diverse servitù continue e apparenti su di un fondo di altrui spettanza, ed il proprietario gli vieta l'esercizio di una di esse, l'usucapione di questa sarà interrotta; ma continuerà l'usucapione dell'altra servitù il cui esercizio non venne impedito (2).

232[bis]. — L'interruzione civile, come quella che lascia sussistere il possesso, ha un effetto limitato a quel diritto, la cui sussistenza venne dichiarata dal Giudice, o riconosciuta dalla parte, ed a quelle persone, in cui confronto ebbero luogo la dichiarazione od il riconoscimento. Questa massima è una logica conseguenza del cànone inconcusso, che i giudicati e gli atti giuridici in genere non giovano e non nuocciono a coloro, che non vi ebbero parte. L'applicazione della massima venne felicemente espressa dai Pratici colla formola che " a persona ad personam, ab actione ad actionem, a quantitate ad quantitatem non fit interruptio ".

233. — *A persona ad personam non fit interruptio.* Occorre determinare il significato di questa regola. Tizio non proprietario ha promossa un'azione vindicatoria contro il possessore e fu respinto. Se posteriormente il vero proprietario insorge a rivendicare il suo fondo, senza alcun dubbio non potrà prevalersi della interruzione, che Tizio ha tentato di effettuare, sia perchè l'interruzione era soltanto apparente, come quella che non proveniva dal fatto del legittimo proprietario, sia perchè la domanda venne rigettata.

Non sono adunque questi il senso ed il valore della regola,

---

(1) Fr. 5, D. *de usurp.*, 41, 3.
(2) Conf. Laurent, XXXII, n. 137.

poichè non ve n'era mestieri per istabilire il principio già per sè certo e da tutti ammesso, che al vero proprietario non può giovare il fatto di una persona a lui completamente estranea. L'importanza della regola si manifesta nelle varie ipotesi di comunione d'interessi, nelle quali ciascuno degli interessati può figurare come il rappresentante degli altri rimasti estranei all'atto giuridico, donde l'interruzione attinge la sua causa. Anche in queste ipotesi il criterio vero e sicuro è quello della tacita o presunta rappresentanza, che ci servì di guida per rettamente definire altri rapporti pertinenti all'usucapione.

233[bis]. — I casi, che offrono materia di dubbi e difficoltà, sono i seguenti: proprietarii pro indiviso; proprietario ed usufruttuario; creditore e debitore; più persone, l'una dall'altra chiamata in rilievo; erede apparente ed erede vero di fronte ai terzi. L'indagine, che noi imprendiamo, è indirizzata a studiare se in alcuno di questi casi siavi un'eccezione alla regola che l'interruzione non si estende da persona a persona.

La semplice comunione pro indiviso non è motivo sufficiente per ampliare oltre i confini segnati dalla regola gli effetti dell'interruzione. Ogni comunista ha un suo diritto particolare, di guisa che l'interruzione da lui compiuta non può giovare agli altri condomini (1).

Se non che da alcuni si volle introdurre un'eccezione pel caso in cui uno dei comunisti abbia agito in giudizio come rappresentante di tutta la comunione, rivendicando il fondo intiero (2). L'eccezione nei termini assoluti, in cui viene messa, non si può accettare, poichè nessuna legge autorizza il condomino ad erigersi di proprio arbitrio a rappresentante della comunione; e la *negotiorum gestio* non è ammessa pei negozii giudiziari, nei quali può agire soltanto il vero *dominus negotii*, od un suo legittimo procuratore. La presunzione della rappresentanza trova i suoi termini nella comunione, quando i condomini posseggono il fondo e ciascuno di essi ha l'intenzione di possedere anche in nome degli altri, ma non nel caso inverso, che non posseggono, e taluno di essi vuole acquistare il possesso; in altre parole li trova nei rapporti dei comunisti fra di loro, non in quelli fra i comunisti ed il terzo possessore. Ma se uno dei condomini agì in nome degli altri, e, non suscitatosi alcun contrasto, la rivendicazione fu pronunziata in favore di tutti, il

---

(1) Confor. Laurent, XXXII, 147 e 148; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., 558. Contra Mirabelli, Op. cit., 105.

(2) Ricci, V, n. 199.

giudicato interromperà l'usucapione in vantaggio di tutti. Ed *a fortiori* poi, se il fondo venne restituito, ed il possessore restò per più di un anno privo del possesso.

La *communio pro indiviso* produce l'effetto di estendere la interruzione dal comunista, che l'ha compiuta, agli altri, quando il diritto è di sua natura indivisibile. Se, ad esempio, uno dei condomini promuove l'azione negatoria contro chi pretende d'esercitare una servitù sul fondo comune, l'interruzione giova anche agli altri in virtù dell'indivisibilità del diritto, che non può essere acquistato, esercitato o perduto per parti. La rigida applicazione del concetto della rappresentanza cede in questo caso dinanzi alla natura del diritto formante l'oggetto dell'usucapione.

234. — Si domanda se l'interruzione compiuta dall'usufruttuario giovi al proprietario, e viceversa. La negativa a me pare fuori di ogni dubbio. Il diritto dell'usufruttuario e quello del proprietario sono distinti fra di loro, poichè quegli è bensì un detentore del fondo a nome di questo, ma ha eziandio un possesso suo proprio corrispondente al suo usufrutto. Ed appunto in grazia di questa sua giuridica configurazione l'usufrutto separato dal dominio e per sè stante ebbe il nome di formale per distinguerlo dal causale, che è il godimento spettante *ipso jure* al proprietario della cosa. A sua volta il nudo proprietario ha un diritto suo, distinto ed indipendente dall'usufrutto. L'usufruttuario ha il diritto di usare e godere della cosa, salva la sostanza della medesima; il nudo proprietario, mentre dura l'usufrutto, ha il diritto di veder rispettata la sostanza della cosa, e quando cessa, di consolidarlo col suo diritto che diventa proprietà piena. Ma l'uno non ha la rappresentanza dell'altro; e quindi ciascuno di essi non può agire in giudizio che nel proprio interesse ed a tutela del proprio diritto.

Gli Scrittori che hanno ravvisato, nei rapporti tra l'usufruttuario ed il proprietario, un'eccezione alla regola, che vieta di estendere gli effetti dell'interruzione civile *a persona ad personam*, hanno studiato la sola ipotesi dell'azione vindicatoria promossa dal proprietario solo o della confessoria intentata dall'usufruttuario solo contro il possessore. Ma havvi l'altra, da loro dimenticata, che l'uno dei due intenti un giudizio possessorio sufficiente, come vedemmo, ad interrompere. Ora, posto che l'usufruttuario abbia domandato di essere mantenuto o reintegrato nel quasi-possesso dell'usufrutto, è evidente che l'azione da lui esperita, non concernendo il possesso materiale del fondo, ma soltanto la *quasi-possessio juris*, non può in alcun modo giovare al proprietario, il cui diritto non venne neppur implicitamente dedotto in giudizio. Se al contrario l'azione

venne promossa in suo nome dal proprietario, essa ebbe per oggetto il possesso del fondo, e non il quasi-possesso dell'usufrutto, e non potè quindi recare alcun profitto all'usufruttuario rimasto estraneo al giudizio.

Le conseguenze non possono essere diverse quando il giudizio fu petitorio. Nè valgono le ragioni, che si adducono in contrario, per quanto ingegnose. Ascoltiamole. " Se si riflette però che il proprietario, rivendicando dal terzo il fondo, esercita anche il diritto spettante all'usufruttuario; e che questi proponendo la stessa azione contro il terzo esercita pur anco il diritto spettante al proprietario, apparisce logico che l'azione intentata da uno di essi contro il terzo debba interrompere il corso della prescrizione anche a riguardo dell'altro " (1). Si appalesa a primo intuito il vizio di questo ragionamento. Esso parte da una premessa, che è tutt'altro che solida. Non è vero che il nudo proprietario, il quale rivendica dal terzo il fondo, eserciti anche il diritto spettante all'usufruttuario. La premessa posa sopra una presunzione di rappresentanza, la quale non è corroborata da alcun testo di legge o da alcun principio di diritto. Fin che l'usufrutto sussiste, il nudo proprietario non può rivendicare il pieno dominio del fondo, poichè l'azione si modella sul diritto e il diritto a lui spettante è la nuda e non già la piena proprietà. Se il rivendicante domandasse il pieno dominio, il convenuto potrebbe con tutta ragione opporgli la mancanza del diritto. Nè con ciò io lascio disarmato il proprietario di fronte al terzo possessore. Nel sistema adottato dalla *communis opinio* a riguardo dei diritti sospesi da un termine o da una condizione trova posto anche la nuda proprietà in pendenza dell'usufrutto (2). Il possesso esercitato dal terzo non costituisce ancora una violazione della nuda proprietà, ma è già un pericolo ed una minaccia pel proprietario, che può rimuoverli da sè intentando l'azione interruttiva largitagli dall'art. 2126 Codice civile. Inoltre egli può tutelare il suo diritto esercitando la rivendicatoria della nuda proprietà, che gli è accordata dalla più autorevole dottrina (3).

---

(1) Ricci, V, n. 199.

(2) Vedi C. C. Roma, 19 dicembre 1884, *Legge*, 1885, I, 180.

(3) " Et de hac vindicatione rerum singularum agitur in h. t.; ubi verbum rei significat vel nudam proprietatem l. recte 25, D. *de V. S.;* ut enim consistat vindicatio satis est, si actor fuerit nudae proprietatis dominus; ususfructus alterius; recte enim quisque suam esse vindicat rem, cujus proprietas ad eum pertinet, etiamsi abscedat ususfructus; nam etsi solida et plena proprietas non sit ejus, tamen nuda est ejus pleno jure " (Cujacus, *Recitationes solemnes ad T.*, D. *de rei vindicatione.* Ed. Prat., Tom. 3, col. 169. *Idem*, Voet, *ad Pand. de rei vindicat.*, n. 3).

Anche meno vera si è la proposizione inversa, che l'usufruttuario agendo in via petitoria contro il terzo deduca in giudizio anche il diritto spettante al proprietario. Si dimentica troppo leggermente che l'usufruttuario ha soltanto una servitù personale, la quale non è parte del fondo, ma frazione del dominio; si dimentica che l'usufruttuario non ha l'azione rivendicatoria, ma soltanto la confessoria per tutelare il suo diritto in confronto di chiunque l'offenda. Questo riflesso esclude perentoriamente che l'usufruttuario, agendo a difesa del suo diritto, tuteli implicitamente anche quello del nudo proprietario, e lo salvi dall'opera della prescrizione. In contrario non gioverebbe allegare l'art. 511 Cod. civ. La obbligazione, che con esso s'impone all'usufruttuario di denunziare al proprietario le usurpazioni da altri commesse, è determinata da quelle considerazioni che hanno fatto ascrivere un'uguale dovere all'affittuario. Ma come per questo, così per l'usufruttuario, l'obbligo della denunzia delle usurpazioni si fonda sopra un concetto fondamentale, che esclude che egli abbia la rappresentanza del proprietario, e dimostra che questi esclusivamente ha la potestà e i mezzi di difendere il suo diritto (1).

235. — Una terza eccezione si è creduta scoprire da alcuni Commentatori nell'interruzione eseguita dal creditore anticretico, la quale, a loro avviso, gioverebbe anche al proprietario. Ed ecco come a sostegno di cotale assunto ragiona il Laurent (2). " Insomma non havvi che un solo ed unico diritto. Perchè l'anticresi valga, bisogna che il debitore sia proprietario, e perchè continui ad esserlo, bisogna interrompere la prescrizione contro di lui incominciata ". Questo ragionamento non si accorda coi principii. Perchè la interruzione si estenda da una persona ad un'altra, bisogna che tra loro esista un vincolo di rappresentanza espressa, tacita od almeno presunta. Ora il creditore anticretico non è il rappresentante del proprietario di fronte ai terzi. Nè giova il dire che essi hanno un interesse comune ed un diritto identico. Ciò non è esatto, perchè il proprietario ha il diritto reale di proprietà, ed ha interesse a conservarsi il fondo, laddove il creditore ha un diritto personale, ed ha interesse a conservarsi la garanzia del suo credito; ma quand'anche lo fosse, tornerebbe pur sempre indifferente allo scioglimento del problema. Al creditore provvede il Gius comune senza

---

(1) Contra Mirabelli, Op. cit., 106; Ricci, V, 199; Laurent, XXXII, n. 157; Troplong, *Prescr.*, n. 656. C. C. Firenze, 17 novembre 1870, *G. T.*, VIII, 172.

(2) Laurent, XXXII, n. 158. Confor. Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 570.

bisogno di eccezionali beneficii, aprendogli dinanzi due vie. Egli può agire contro il suo debitore, proprietario del fondo, perchè questi a sua volta lo rivendichi dal terzo, e glie ne assicuri il pacifico godimento; ovvero, *utendo juribus*, può agire direttamente contro il terzo, ponendosi così in una particolare situazione giuridica, le cui conseguenze indagherò fra breve. All'infuori di queste due vie, non si può pur concepire un'azione esperita direttamente contro il terzo dal creditore anticretico, il quale ha sul fondo un diritto personale di godimento e non un diritto reale chė si possa far valere in confronto dei terzi (1).

236. — L'ordine del discorso ci porta ad investigare l'influenza dell'interruzione effettuata dal creditore. Ecco l'ipotesi proposta dal Troplong (2): Paolo mi deve L. 3000 e non mi paga. *Utendo juribus*, evoco in giudizio Pietro possessore di un fondo appartenente al mio debitore perchè lo rilasci, allo scopo di poter poi procedere all'espropriazione. Questa si compie e se ne ritraggono L. 6000. Il sopravanzo a favore di chi andrà? Del mio debitore, il quale invoca l'interruzione, che, a suo avviso, io ho compiuto anche in suo vantaggio; oppure del possessore, il quale eccepisce che *a persona ad personam non fit interruptio*? Il Troplong risolve il dubbio in pro del debitore, perchè il possessore dopo il giudicato, che lo condannò a dismettere il fondo, fu colpito dalla duplice interruzione: civile e naturale. A me pare che la questione debba essere variamente risolta secondo le diverse circostanze. È cosa risaputa che la facoltà largita al creditore di esercitare le azioni spettanti al suo debitore è limitata a quanto gli è dovuto, in omaggio al principio, che l'interesse è la misura dell'azione. Nella specie proposta dal Troplong il creditore ha interesse ad essere pagato delle L. 3000: oltre a questa cifra egli non rappresenta più il suo debitore. Che se il possessore rilascia il fondo, si effettua l'interruzione naturale, che giova anche al proprietario. Ma suppongasi (ed è questa la vera ipotesi) che il possessore citato in giudizio dal creditore, lo abbia amichevolmente soddisfatto, e sia stato lasciato nel possesso del fondo. L'interruzione puramente civile compiuta dal creditore gioverà anche al proprietario? Io non esito a rispondere di no. Il creditore agiva per un interesse suo proprio, all'oggetto non di far dichiarare la proprietà spettante al suo debitore, ma di aprirsi mediante tale dichiarazione la via ad espropriare il fondo, e soddi-

---

(1) Confor. Mirabelli, Op. cit., 107.
(2) *Prescr.*, n. 645.

sfarsi sul prezzo di questo. Se poi il possessore abbia riconosciuto il diritto spettante al proprietario, resterà interrotta l'usucapione anche in suo favore, perchè, come vedemmo, alla validità del riconoscimento non è necessaria la presenza dell'interessato. Ma questa ipotesi è estranea ai termini del problema, e non può quindi influire sulla sua risoluzione.

237. — Si sostiene che un'eccezionale estensione si verifica nel caso di più persone l'una dall'altra convenuta in giudizio allo scopo di soddisfare la domanda dell'attore principale. Ad esempio, il compratore conviene in giudizio colui che gli ha venduto un fondo perchè glielo consegni, e questi a sua volta chiama in causa il possessore per ricuperarlo e mettersi in grado di eseguire la sua obbligazione. Si dice che la domanda proposta dal convenuto interrompe l'usucapione anche in vantaggio dell'acquirente, perchè egli agì nell'interesse di questo ed in forza di un diritto che ha con lui comune (1).

Questa opinione non può essere accolta se non con qualche temperamento e per altri motivi, poichè è erronea l'asserzione, che il convenuto abbia agito nell'interesse dell'acquirente, mentre è certo e manifesto che egli ha un'obbligazione sua propria da eseguire, impostagli dal contratto di vendita, e che colla domanda da lui proposta contro il possessore ha il solo scopo di mettersi in grado di eseguirla. Nel sistema dell'attuale diritto, acquistandosi la proprietà per virtù della sola convenzione, il compratore ha due azioni, l'una personale *ex contractu* contro il suo autore, l'altra reale contro chiunque ingiustamente detenga il fondo. Mal si comprende quindi come l'esercizio dell'azione *ex contractu* debba tener viva quella reale, che ha altra origine ed altro scopo. Che se, comparso in causa il terzo possessore, l'attore faccia sue le conclusioni spiegate contro il medesimo dall'alienante (ed è ciò che il più delle volte avverrà) rimarrà interrotta l'usucapione anche in suo confronto, non per una rappresentanza che di lui abbia il venditore, ma pel consueto effetto della domanda giudiziale.

238. — Si chiede se giovi all'erede vero l'interruzione compiuta da quello apparente. Il Laurent risponde in senso negativo per questa ragione; che l'erede apparente non ha dalla legge la rappresentanza della successione (2).

---

(1) Laurent, XXXII, n. 159.
(2) XXXII, n. 159.

La contraria opinione è accolta dalla prevalente dottrina tanto francese quanto italiana, e dalla patria Giurisprudenza (1). Ed è questa l'opinione più consona ai principii ed ai testi di legge. Finchè l'erede vero non si scopre, quello apparente è il rappresentante della successione; gli atti da lui compiuti nuocono o giovano ad essa, come se provenissero dal vero; e le azioni da lui promosse sono precisamente quelle competenti al vero erede. Ciò impone la necessità pratica, più potente di ogni argomentazione per quanto ingegnosa e sottile; e ad essa rende omaggio l'articolo 933 Cod. civ., che fa salvi i diritti acquistati dai terzi di buona fede.

Per parità di ragione nuoce all'erede vero l'interruzione compiuta contro quello apparente (2).

Si vede a primo intuito che l'estensione dall'erede apparente al vero non è una deroga alla regola, sia perchè nella nostra opinione quegli è il rappresentante di questo; sia perchè, come acutamente rilevò il Troplong, il possesso passa dall'uno all'altro con tutti i suoi vantaggi e benefizii.

239. — La regola *a persona ad personam* è vera anche nel senso inverso, e determina con esattezza le persone, contro le quali ha effetto l'interruzione. Agisco contro l'affittuario invece che contro il locatore, il quale è il legittimo possessore: contro colui che mi ha alienato il fondo, invece che contro colui che lo possiede; l'usucapione non sarà interrotta. Così pure agisco contro uno dei possessori del fondo; gli altri, non molestati, continuano ad usucapire. Così pure se il mio fondo è posseduto da Tizio, mentre Cajo vi esercita una servitù capace di quasi-possesso, l'azione rivendicatoria da me proposta contro Tizio, non interrompe l'usucapione della servitù esercitata da Cajo (3). Domina in tutte queste ipotesi il principio, che l'interruzione nuoce soltanto a coloro, contro cui fu promossa la domanda, ed a quelli che essi rappresentano.

240. — L'interruzione non si estende da un diritto ad un altro, perchè la domanda giudiziale non opera che sul diritto che è stato dedotto in giudizio. Così la rivendicazione del fondo non interrompe l'usucapione della servitù continua e apparente sul mede-

---

(1) Troplong, *Prescr.*, n. 650; Ricci, V, n. 199; Giorgi, VIII, 285; Mirabelli, Op. cit., 108. C. C. Roma, 13 luglio 1882, *Legge*, 1882, 2, 686.

(2) Ma, come giustamente osservava la C. C. Roma, cit. sent. 13 luglio 1882, perchè si ammetta questa estensione, bisogna che la qualità di erede apparente risulti da atti chiari, precisi, tali da generare nei terzi la buona fede.

(3) *Idem*, Ricci, V, n. 184.

simo esercitata. Rettamente venne giudicato che il Comune, il quale rivendicò un bosco, non interruppe la prescrizione del diritto di uso, che poscia insorga a richiedere (1).

La rigida applicazione della regola venne temperata a riguardo dei giudizii di natura universale, l'indole comprensiva dei quali fece ritenere dedotti in giudizio, sebbene non specificati nella domanda, tutti i rapporti giuridici compresi nella *universitas* (2).

241. — L'interruzione si effettua soltanto per quell'azione che venne proposta in giudizio. Questa regola, per sè evidente, ha maggiore attinenza colla prescrizione estintiva; tuttavia non è priva di influenza sull'acquisitiva, la quale, mentre fa acquistare il diritto al possessore, di riverbero estingue l'azione che competeva al precedente proprietario.

Una difficoltà nell'applicazione della regola è presentata dagli atti rescindibili. Ho venduto un fondo ad un tale, che a sua volta lo rivendette. Se posteriormente domando la rescissione del contratto di vendita per una delle cause ammesse dalla legge, si sostiene da molti Scrittori che la mia domanda non interrompe l'usucapione corrente a favore del terzo possessore, il quale anzi, se ha titolo trascritto e buona fede, la compirà in dieci anni (3). Questa dottrina presta il fianco a gravi obbiezioni. La difficoltà, a mio avviso, non si annida sul terreno dell'usucapione, ma sibbene su quello della tanto controversa efficacia dell'azione rescissoria in confronto dei successori mediati. Posta la questione nei suoi veri termini, il suo punto sostanziale consiste nel decidere se la rescissione ottenuta dal primo alienante risolva il titolo di acquisto anche nelle mani di chi ebbe a diventare proprietario per successivi trapassi in omaggio alla massima: " resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis " (4). Non potendo entrare in questa *selva selvaggia ed aspra e forte*, mi limito a manifestare la mia opinione, che, salvo una deroga espressa dalla legge positiva, devesi applicare in tutto il suo rigore il principio giuridico, che l'azion di rescissione è reale, perchè proviene direttamente dal diritto di proprietà, ed opera quindi anche contro i successori mediati. Ma fino a che la rescissione non è pronunziata, l'acquirente è un vero proprietario, perchè il suo autore gli trasferì il dominio, sebbene esposto

---

(1) Corte Dijon, 11 dicembre 1847; Dalloz, 1848, 2, 292.
(2) Vedi sopra n. 215.
(3) Troplong, *Prescr.*, n. 648; Ricci, V, n. 198.
(4) Maynz, *Droit Romain*, 1, § 94 e II, § 249.

alla rivocazione, e non può quindi usucapire (1). La contraria dottrina, che ristringe gli effetti dell'azione rivocatoria ai rapporti tra l'antico alienante e il suo immediato successore, fa dell'acquirente posteriore un vero ed irrevocabile proprietario, che non ha bisogno di usucapire, e rende completamente ozioso il problema dell'influenza, che possa esercitare la domanda di rescissione sull'usucapione incominciata dall'avente causa. Nel sistema da me propugnato è necessario di esaminare e risolvere il problema. Ora a me pare che la sentenza di rescissione ottenuta dal primo alienante, avendo l'effetto di risolvere tanto il titolo di chi ha causa diretta da lui, quanto quello dei successori mediati, fa sì che l'ultimo acquirente si reputi diventato un possessore senza titolo, ma con possesso *animo domini* ed atto quindi ad usucapire. L'usucapione comincierà a favore dell'attuale acquirente dal giorno della sentenza, e non da quello della domanda di rescissione (2), sia perchè la retroattività della sentenza non si spiega che nei rapporti fra le parti presenti in giudizio, sia perchè la retroattività è sancita a beneficio della parte vittoriosa e non si può ritorcere a suo danno.

241 *bis*. — Un'altra ipotesi, che ha molta affinità con quella dell'azione rescissoria, ci è offerta dalla domanda in garantia formale. È opinione ricevuta, che la domanda proposta dal convenuto contro il suo garante interrompa la prescrizione anche in favore del rivendicante (3). In conformità del principio, che governa questa materia, non posso ammettere l'estensione dell'interruzione a favore

(1) È l'applicazione dei principii fondamentali del sistema da me propugnato riguardo agli aventi causa dal titolare del diritto risolubile. Vedi sopra, n. 196 e segg.

(2) Così aveva opinato nella 1ª ed., ma più ponderato esame della questione mi induce a mutare il primitivo avviso.

(3) Quest'eccezione alla regola venne sancita dalla C. C. Roma nella seguente specie: le sorelle Mongattia, delle quali una di nome Vittoria era ancora minorenne, alienarono nel 1831 un fondo chiamato la Fontana Puddina al Capitolo della Cattedrale di Castelsardo, il quale alli 15 giugno 1831 lo vendeva per atto pubblico a Carlo Baingio Piudda. Nel 1846 Vittoria Mongattia intentava un giudizio di evizione contro il Piudda, il quale nel 1856 chiamava in garantia il Capitolo, dopo di che la causa fu abbandonata. Nel 1864 le Mongattia intentarono altro giudizio contro il Capitolo, il quale eccepì la prescrizione trentennaria. Ma le attrici replicarono invocando l'interruzione, che era stata operata in virtù del giudizio da loro instituito nel 1846 contro il Baingio Piudda. Il Giudice del Merito accolse le loro ragioni, e dichiarò che la prescrizione era stata interrotta. Il Capitolo ricorse in Cassazione; ma la Suprema Corte di Roma respinse il ricorso, proclamando che alla nota regola in materia di prescrizione, *a persona ad personam non fit interruptio*, deve farsi un'eccezione nel caso di domanda in garanzia (Sent. 28 aprile 1876, *Legge*, 1876, I, 523).

del rivendicante, se non quando questi abbia preso conclusioni contro il convenuto in garantia; poichè non scorgo nella domanda in garantia causa alcuna giuridica di deviare dalla nota regola, che proibisce ogni estensione *a persona ad personam*, *et ab actione ad actionem*.

242. — Restano da esaminarsi gli effetti dell'interruzione sul corso della prescrizione. Come già osservai, essa toglie ogni valore al tempo decorso prima dell'atto interruttivo. È adunque importantissimo di determinare con ogni possibile esattezza il momento, in cui l'interruzione ebbe a verificarsi, e quello in cui cominciò la nuova usucapione.

Per procedere ordinatamente è opportuno di distinguere l'interruzione naturale da quella civile. La prima ha luogo in quel punto in cui il possessore perde il possesso, e per converso l'usucapione ricomincia quand'egli lo riacquista. La determinazione di questi due momenti richiede un'indagine di puro fatto.

L'interruzione civile, che si effettua mediante una citazione, un precetto, od altro atto notificato per mano di usciere, si verifica nel momento stesso, in cui l'atto viene intimato alla parte a cui si vuole impedire l'usucapione. Di questo momento si ha la data certa nella relazione dell'ufficiale che lo notifica. Così pure l'interruzione prodotta dal volontario riconoscimento si compie nel momento, in cui il possessore riconosce il diritto del proprietario (1).

L'interruzione prodotta da questi atti (eccettuata la domanda giudiziale) cessa immediatamente, dando subito campo ad una nuova usucapione.

Appena è d'uopo osservare che al computo della nuova prescrizione si applica il sistema di computazione civile, che serve in genere per la misura di ogni termine giuridico; e quindi si riterrà che essa abbia cominciato il suo corso dalla mezzanotte del giorno immediatamente successivo a quello, in cui ha cessato di operare la causa interruttiva.

243. — L'istanza giudiziale ha un'efficacia di gran lunga maggiore a quella di tutti gli altri atti interruttivi perchè non solo interrompe, ma sospende ancora l'usucapione per tutto il tempo, durante il quale verte il giudizio. Quindi segue che il diritto non può usucapirsi, sebbene la lite abbia durato molto più del tempo occorrente a perfezionare l'usucapione; e gli annali giudiziarii ci forniscono esempi di liti secolari, durante le quali la prescrizione

(1) Ricci, V, 206 e C. C. Torino, 18 giugno 1881, *Legge*, 1882, 2, 692.

è rimasta inoperosa. Questa potenza sospensiva, sebbene non sanzionata da alcun testo di legge, è tuttavia una di quelle massime, su cui non cade dubbio nè contrasto; ed, oltrechè dall'universale consenso, è sorretta dai principii più certi del diritto giudiziario, e da disposizioni affini di legge. È noto che l'antica Procedura Romana accordava alla contestazione della lite quella virtù di perpetuare le azioni temporali, che è consacrata dalla nota regola di diritto: " Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio, salvae permanent " (1). Questo stato di cose venne riformato da Giustiniano con una sua costituzione (2), in cui stabiliva una particolare prescrizione quadragenaria per le azioni dedotte in giudizio, la quale cominciava a decorrere dall'ultimo atto di procedura (3). Nello stesso tempo promulgava un'altra memorabile costituzione, colla quale allo scopo di sollecitare la definizione dei litigi, ordinava una specie di perenzione del giudizio, se entro un certo tempo non era condotto al suo termine (4). I moderni Codici non riprodussero la prescrizione quadragenaria; adottarono invece e svilupparono il concetto a cui s'ispirava la predetta legge *properandum*, facendone quell'istituto speciale che si chiama la perenzione d'istanza. Ecco quindi il sistema moderno: l'azione dedotta o non in giudizio dura tutto il tempo stabilito dalla legge, senzachè la pendenza di un giudizio eserciti sulla sua durata alcuna influenza diretta. Indirettamente invece la pendenza del giudizio giova a prolungarne la durata, perchè, mentre esso verte, resta sospesa la prescrizione. Si ottiene così, e con maggior rispetto della logica, quello scopo, che si era proposto Giustiniano collo stabilire una prescrizione molto più lunga dell'ordinaria per l'azione dedotta in giudizio.

Della virtù sospensiva della domanda giudiziale si possono assegnare due ragioni. La prima che essa serve a spiegarci l'istituto della perenzione, la quale null'altro è che la prescrizione dell'istanza; la seconda che senza di essa sarebbe cosa illusoria la virtù retroattiva della sentenza.

244. — La proposizione, che la pendenza del giudizio mantien viva l'interruzione compiuta dalla domanda, appare molto più semplice di quel che non sia in realtà. I molti e complicati congegni dell'organismo giudiziario ne rendono ardua l'applicazione. La prima

(1) Fr. 139 pr., D. *de R. J.*, 50, 17.
(2) L. ult., C. *de praescript.* 30 *vel* 40 *ann.*, 7, 39.
(3) Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, § 110.
(4) L. *properandum* 13, § 1, C. *de judiciis*, 3, 1.

difficoltà riguarda il momento, in cui debbasi considerare come finito il giudizio e in cui cominci la novella usucapione. Sarà a tal uopo necessario che sia notificata la sentenza? Nol credo. La notificazione serve a far decorrere i termini stabiliti per impugnarla, ed è quindi necessaria per creare la cosa giudicata irretrattabile ed eseguibile. Ma in rapporto alla prescrizione la pronunzia del giudice si calcola come una forza, la quale la rimette in movimento togliendo l'ostacolo, che la domanda opponeva al suo corso, ed è quindi logico che essa produca tale effetto da quel punto in cui viene pubblicata, e colla pubblicazione assume un'esistenza legale (1).

Questa massima vuol essere armonizzata colle norme stabilite dal Codice di procedura circa i modi e i termini per impugnare le sentenze. Quantunque la usucapione ricominci non appena pubblicata la sentenza, tuttavia se questa venga impugnata, si riapre la procedura e l'interruzione si reputa continuata per tutto il tempo intermedio e pel tempo posteriore alla proposizione del gravame fino a che il nuovo giudizio sia esaurito, poichè la sentenza ultima proferita retroagisce fino al momento in cui l'istanza venne promossa.

Ma perchè questo effetto si avveri, occorre che fra la pubblicazione della sentenza impugnabile e la proposizione della impugnativa non sia decorso tanto tempo che basti pel compimento della usucapione. Nella ipotesi contraria, non potrebbe neanche più concepirsi l'interruzione; e d'altro lato la finzione della concessione di tutti gli atti del procedimento alla istanza primordiale e della retroattività della pronunzia ultima non potrebbe applicarsi per l'ostacolo frapposto dal diritto perfezionatosi *medio tempore.* Cotale finzione vale per l'usucapione che era in corso al momento, in cui venne proposta la istanza primordiale, ma non per quella che è cominciata *ex novo* dopo la pubblicazione della sentenza stata poi impugnata (2).

Appunto perchè la usucapione, che comincia dopo la sentenza non irrevocabile, è nuova, autonoma, priva di ogni nesso con quella, che fu interrotta dalla azione rivendicatoria o negatoria, è evidente che non può essere che la trentennaria.

Queste osservazioni convengono ad ogni rimedio largito dalla legge avverso alle sentenze. Nè parmi che si debba distinguere

---

(1) C. C. Torino, 22 giugno 1880, *G. T.*, 1880, 599.

(2) *Contra* C. A. Firenze, 10 gennaio 1885, *Ann.*, 1885, III, 56, dove si dice che fino a quando la sentenza impugnabile non sia notificata e non siano trascorsi i termini per impugnarla, la istanza resta pendente e d'impedimento al corso della prescrizione.

tra rimedi ordinari e straordinari: se una distinzione siffatta ha importanza a riguardo dell'esecuzione della sentenza, non ne ha alcuna rispetto alla prescrizione, perchè quel che solo influisce è l'esistenza di un rimedio, qualunque esso sia, mediante il quale si può rimettere in moto l'azione.

Naturalmente queste nostre considerazioni posano sul supposto che il rimedio sia stato, per quanto tardivamente, sperimentato. Che se invece ciò non avvenne, e l'evento dimostrò che la parte vinta si era acquietata alla sentenza, l'usucapione secondo i casi o si reputerà non essere stata interrotta o s'intenderà ricominciata fin dal giorno della pubblicazione di essa.

245. — Vedemmo l'interruzione considerarsi per espresso volere di legge come non avvenuta, quando l'attore recede dalla domanda e quando questa è rigettata o perenta. *Ex post-facto* si scopre che era soltanto apparente l'ostacolo, che era stato opposto al corso dell'usucapione. Nè importa che si verifichi in primo od in secondo grado di giudizio, in sede di opposizione o di rivocazione il fatto che snerva la domanda. In qualunque momento esso abbia luogo, l'istanza primordiale si considera come non esistita, e non avvenuta l'interruzione.

Questa regola evidente per quanto concerne il rigetto o l'abbandono della domanda, ha offerto materia di dubbi e di difficoltà nella sua applicazione all'istanza perenta. Così il Ricci insegna (1), che operando la perenzione di pien diritto e producendo i suoi effetti fin dal momento, in cui si compiva, e non solo da quello in cui venne opposta, devesi ritenere che la prescrizione ha ricominciato il suo corso fin da quel primo momento. Questa opinione non può accettarsi. Occorre distinguere. Se la perenzione si verificò in primo grado, a tenor di legge l'istanza non ebbe alcun effetto interruttivo, sicchè l'antica usucapione si reputa aver sempre continuato ed è quindi inutile ed incoerente l'andar cercando il momento, in cui cominci una novella usucapione che non ha ragion d'essere.

Diversamente deve risolversi il problema nel caso, in cui il possessore vinto in primo grado abbia interposto appello, ma l'abbia poi lasciato perimere. Perento l'appello, la sentenza di primo grado passa in giudicato; ma l'usucapione vuolsi ritenere sospesa fino al momento in cui si è compiuta la perenzione del secondo giudizio (2).

---

(1) V, n. 207.

(2) In questo senso C. A. Trani, 4 luglio 1882, *R. Giur. Trani*, 1883, 386; C. C. Roma, 8 novembre 1884, *Fôro It.*, 1885, 64.

Nè questa nostra definizione pugna con quanto abbiamo detto testè riguardo alla perenzione che ha avuto luogo in primo giudizio. Si consideri che in questa ipotesi la perenzione opera sull'appello interposto dall'usucapiente e non sull'istanza promossa dal proprietario, la quale vive anzi fino al momento in cui la perenzione si è compiuta ed ha fatto passare in cosa giudicata la pronunzia dei primi giudici che l'accoglieva. E non muterebbe la cosa, se fossero pur intervenute in sede di appello sentenze interlocutorie, che avessero in qualche modo modificato gli effetti di quella di primo grado, perchè, come osservai altrove, il disposto dell'art. 341 Cod. proc. civ. non deroga a quello dell'art. 2128 Cod. civ. (1).

L'ipotesi inversa, che il proprietario soccombente abbia interposto appello e l'abbia poi lasciato perimere, non ammette contrasti. Perento l'appello, la sentenza di primo grado diventa irretrattabile, e la domanda è definitivamente rigettata.

246. — La citazione a comparire davanti ad un giudice incompetente non soltanto interrompe l'usucapione, ma la tiene inoltre sospesa fino a che non sia pronunziata l'incompetenza (2). Ora è possibile (ed anzi non infrequente), che l'attore, riconosciuto l'errore commesso, rinunci agli atti del giudizio colla riserva di agire in sede competente. Si chiede se questa rinuncia debba equipararsi al recesso contemplato nell'art. 2128 Cod. civ. e ritenersi quindi sufficiente a togliere alla domanda la virtù interruttiva. Per l'affermativa potrebbe addursi che l'art. 2128 non distingue (3); ma in contrario paionmi prevalenti questi argomenti: che il riconoscimento spontaneo della incompetenza deve essere trattato come la dichiarazione di essa ad opera del giudice, poichè l'art. 2125 Cod. civ. accorda virtù interruttiva alla domanda proposta davanti un'autorità incompetente senza preoccuparsi del modo con cui la incompetenza venga accertata; e che per di più la rinunzia agli atti colla riserva di agire in sede competente deve essere accettata dall'avversario (art. 343 e segg. C. p. c.), di modo che il motivo, che la determina, viene ad esser parte integrante del contratto for-

---

(1) Vedi sopra n. 223.

(2) Laurent, XXXII, n. 164; Ricci, V, n. 207; C. C. Roma, 4 agosto 1882, *Legge*, 1882, II, 128. L'opinione del Marcadé, che la rinnovazione della domanda davanti il giudice competente debba farsi entro il termine di perenzione sotto pena di vederla dichiarar perenta, non ha base. Vedi Mirabelli, Op. cit., 75.

(3) Ed era questo il motivo, per cui nella 1ª edizione aveva adottato l'opinione, che ora dopo più maturo esame, sia per le ragioni esposte nel testo, sia per quella generica di non esasperare senza bisogno la durezza della prescrizione, mi sono indotto ad abbandonare.

matosi fra i contendenti (1). Sarà anche opportuna cautela rinunziare soltanto a quella parte della domanda, che si riferisce alla chiamata davanti il giudice incompetente, per diminuire sempre più il pericolo che la rinunzia sia poi interpretata come un recesso eliminante l'efficacia interruttiva della domanda (2).

247. — Resta che esaminiamo l'influenza dell'interruzione sulla durata che dovrà avere la novella usucapione. Nessun dubbio può presentare l'usucapione trentennaria, la quale non richiede nè titolo nè buona fede. Cessata la causa interruttiva, ricomincia un nuovo periodo trentennario. Ma quanto alla decennale, la quale esige i requisiti del titolo e della buona fede, la cosa non può essere definita che per via di distinzioni. Il principio certo è questo: che il tempo avanti trascorso è cancellato; e che la nuova usucapione distinta dalla precedente deve avere tutti i requisiti che la legge richiede. In ossequio a questo principio devesi indagare se al momento, in cui prende inizio la nuova usucapione, il possessore si trovi in buona fede. Lo scioglimento del problema dipenderà il più delle volte dalle peculiari circostanze. Pure hannovi casi, le cui conseguenze certe già *a priori* possono sottoporsi a regole fisse. Se l'interruzione venne prodotta da un evento fortuito o di forza maggiore, il quale privò l'usucapiente del possesso della cosa, non havvi nella causa interruttiva elemento alcuno che induca in lui la mala fede; pel che a suo favore procederà di bel nuovo la decennale, se avvenga che ricuperi il possesso della cosa, eccettochè il proprietario provi che nell'intervallo il possessore ha conosciuto la illegittima provenienza della cosa.

Per converso altri modi d'interruzione imprimono necessariamente al nuovo possesso la macchia della mala fede. Ciò mi pare indubbio nel caso di domanda giudiziale definitivamente accolta, perchè *res judicata pro veritate habetur*, ed il possessore che, non ostante la sentenza, è lasciato nel possesso sa che possiede senza diritto alcuno. Segue che la nuova usucapione non potrà essere che la trentennaria, come quella che al suo inizio è scompagnata dalla buona fede. E se fa mestieri un altro argomento, ce lo fornisce il fatto che l'azione del giudicato dura trent'anni e che non si potrebbe senza contraddizione ritenere che l'usucapione sia compiuta, mentre è ancor viva l'obbligazione di restituire il fondo.

---

(1) Confor. MIRABELLI, Op. cit., 77; FADDA e BENSA, *Note al Windscheid*, vol. I, pag. 1130; C. A. Genova, 11 aprile 1864. Contra Tribunale Alba, 24 aprile 1882, *G. T.*, 1882, 420.

(2) MIRABELLI, l. c.

Anche più manifesta è la verità della dottrina da me seguita, quando l'usucapione è interrotta in virtù del riconoscimento. Come potrà oggi parlare di buona fede quel possessore, che ieri riconobbe che la cosa da lui posseduta era di altrui spettanza?

L'influenza della mala fede sopravvenuta sulla nuova usucapione era esplicitamente ammessa dal Diritto Romano (1), ma è al contrario oppugnata da una valente schiera di moderni Scrittori (2) i quali raccomandano la loro tesi a questo argomento, che " la legge esige che la buona fede esista al tempo in cui il diritto si acquista, nè si preoccupa punto se questa venga di poi a cessare: ora l'avvenuta interruzione può far sì che la buona fede non sia stata nel compratore al tempo del fatto acquisto? " (3). Ciò sta bene; ma vero è d'altra parte, che al cessare della causa interruttiva comincia una nuova usucapione. Anche nel Diritto Romano bastava la buona fede iniziale. Eppure quei Giureconsulti, logici in ogni loro ragionamento, non ammettevano la nuova usucapione, se il possessore aveva conosciuto il vero stato delle cose. L'argomento, che si adduce in contrario, sacrifica alla lettera lo spirito della legge, poichè questa, esigendo la buona fede al momento dell'acquisto, provvide ai casi, che più generalmente avvengono, " nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt " (4); ma non ha in alcun modo manifestato il proposito di derogare ai principii per quanto si attiene al caso controverso. Nè posso tacere una singolare incoerenza, in cui è incorso il Laurent; il quale dopo d'aver ripreso il Troplong per aver dimenticato " que l'article 2269 n'exige la bonne foi, qu'au moment de l'acquisition ", se ne dimentica egli pure nel caso d'interruzione cagionata dal riconoscimento, nel quale rifiuta al possessore la potestà di usucapire in dieci anni, perchè egli si è costituito in mala fede: " et la bonne foi doit exister au moment où il commence une nouvelle prescription ". Perchè in questo caso non

---

(1) Ecco i testi che concernono il punto controverso: " Qui bona fide alienum fundum emit, et possessionem ejus amisit; deinde eo tempore adprehendisset, quo scit rem alienam esse, non capiat longo tempore, quia initium secundae possessionis vitio non carebit " (Fr. 7, § 4, D. *pro emptore*, 41, 4). " Si quis bona fide possidens, ante usucapionem amissa possessione cognoverit esse rem alienam et iterum nanciscatur possessionem, non capiat usu, quia initium secundae possessionis vitiosum est " (Fr. 15, § 2, D. *de usurp.*, 41, 3). Nello stesso senso Troplong, *Prescr.*, n. 553 e 688; Coviello, Op. cit., pag. 202, nota 110.

(2) Borsari, *Comm. Cod. civ.*, § 4421; Laurent, XXXII, n. 169; Ricci, V, n. 208; Baudry-Lacantinerie e Tissier, Op. cit., 551.

(3) Ricci, l. c.

(4) Fr. 5, D. *de legibus*, 1, 3.

varrebbe la regola che la buona fede deve esistere nel solo tempo dell'acquisto? e se al contrario in questo caso la buona fede deve esistere anche nel momento, in cui il possessore comincia una novella usucapione, perchè non dovrà esistere eziandio negli altri?

248. — Da ultimo si domanda se il giudizio intorno all'esistenza ed alle conseguenze della causa interruttiva possa essere censurato in sede di Cassazione. È manifesto che il Giudice, in quanto si ristringe a ricercare nei risultamenti della causa la prova dell'esistenza del fatto interruttivo, emette un apprezzamento sovrano ed insindacabile. Che se stabiliti i fatti, esso ne tragga conseguenze discordanti dai precetti di legge o dai principii di ragione, o se l'apprezzamento sia stato determinato da falsi criteri giuridici, la Suprema Corte sarà competente a censurare la erronea pronunzia. Così la C. C. Torino (1) cassava una sentenza, la quale, senza avere assodato che il possessore fosse stato privato dal suo avversario del possesso per oltre un anno, aveva dichiarato interrotta l'usucapione. E a piena ragione, perchè la sentenza che ritiene interrotta l'usucapione, quando non è provato che la privazione del possesso abbia durato più di un anno, o peggio ancora quando è provato il contrario, viola disposizioni precise di legge.

Le decisioni del Giudice del Merito intorno alle molteplici controversie, che abbiamo esaminato nella trattazione, difficilmente si ridurranno a meri apprezzamenti di fatto, ma il più delle volte involveranno concetti giuridici, sui quali potrà essere richiamato il potere sindacatore della Corte Regolatrice.

---

(1) C. C. Torino, 30 luglio 1886, *G. T.*, 1886, 639.

CAPITOLO XII.

Concetto specifico della prescrizione acquisitiva trentennaria.

SEZIONE UNICA

Sommario: 249. *Nel Diritto Civile imperante furono abolite le prescrizioni privilegiate. - La trentennaria è la più lunga.* — 250. *La trentennaria non abbisogna di titolo nè di buona fede.* — 251. *Si combattono le censure che il Laurent ha rivolto al sistema legislativo imperante in questa materia.* — 252. *La sentenza, che istituisse indagini intorno alla buona o mala fede dell'usucapiente, violerebbe l'art. 2135 Cod. civ.* — 253. *Coll'acquisitiva trentennaria si acquistano i diritti reali capaci di possesso o di quasi-possesso.* — 254. *Il termine di trent'anni pecca di eccessiva lunghezza.* — 255. *Il Codice di Commercio non ha introdotto una prescrizione acquisitiva decennale dispensata dai requisiti del titolo e della buona fede. - Rinvio.*

249. — Nei cenni storici, per quanto ristretti alle nozioni più importanti, abbiamo passo passo seguito lo svolgersi della prescrizione acquisitiva, e veduto come essa, chiamata da principio col nome così espressivo di usucapione, si compiesse in due anni quanto ai fondi ed in uno quanto alle restanti cose; come in tempo molto posteriore accanto all'usucapione fosse accolto un mezzo di difesa introdotto dal Diritto Pretorio pei possessi provinciali, detto *exceptio* o *praescriptio temporalis*, il quale a poco a poco finì per prendere il posto dell'antica usucapione. La prescrizione acquisitiva degli immobili, nata dalla fusione della *usucapio* colla *praescriptio temporalis*, si compieva in dieci anni tra i presenti ed in 20 tra gli assenti. La prescrizione acquisitiva dei mobili conservò l'antico nome di usucapione, restandone solo prolungato il termine a tre anni. Ma oltre alla *longi temporis praescriptio* fu introdotta una prescrizione più lunga, la quale si compieva in trent'anni e si chiamava *longissimi temporis praescriptio.* Essa era dispensata da alcuni requisiti dell'usucapione ordinaria; non richiedeva titolo, e probabilmente neanche la buona fede. Furono anche stabilite altre prescrizioni di durata più lunga, specialmente all'oggetto di favorire la Chiesa, il Principe ed altre persone privilegiate. Quindi la qua-

dragenaria per le azioni dedotte in giudizio dall'ultimo atto di procedura, e pei beni del Principe; quindi la centenaria pei beni della Chiesa e delle città. Di poi fu abolita la prescrizione privilegiata delle città, e ridotta quella della Chiesa a quarant'anni.

Il Gius comune, che imperò durante il Medio-Evo, mantenne codeste prescrizioni privilegiate, massimamente quelle vantaggiose alla Chiesa ed agli Ordini religiosi.

Per un diverso ordine di idee più conforme a ragione ed a giustizia corre il Diritto moderno. Tutto ciò che tiene di privilegio, sia in favore sia in odio di una classe di persone, ripugna ai concetti fondamentali della presente civiltà. Fu quindi liberato il campo legislativo di tutte queste speciali prescrizioni, figlie di irragionevoli privilegi. Tutto è rientrato nell'ordine. La prescrizione, come ogni altra parte della legislazione, non ha speciali riguardi per alcuno; al contrario ha durata uguale per tutti ed in tutti i casi.

Abolite le usucapioni straordinarie e straordinarissime, la più lunga prescrizione, che sia ammessa dalle veglianti Leggi, è la trentennaria.

250. — L'art. 2135 del Cod. civ., che concerne la trentennaria, così suona: " Tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono col decorso di trent'anni, senza che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede ". Questo disposto non è che la riproduzione di alcune costituzioni promulgate da Carlo Emanuele I duca di Savoja, che riferii nei cenni storici (1).

Fu mossa aspra censura al legislatore per avere dispensato la prescrizione acquisitiva trentennaria dal requisito della buona fede. Il criterio, che io ho adottato per determinare la natura della usucapione e delle cause, che hanno imposto al Diritto civile di riceverla come un istituto giuridico e come un mezzo particolare di acquisto, respinge come infondata ed ingiusta cotale censura. A mio giudizio, l'usucapione nella sua sostanza è il fatto del possesso elevato a dignità di dominio per essere durato un prefisso numero di anni colle qualità dalla legge volute, le quali sono tutte di natura obbiettiva, riguardanti cioè il possesso medesimo ed i rapporti del possessore colle persone a lui estranee, e vivificate da una volontà, che con energia e con tenacia intende all'acquisto del diritto e che è il solo elemento soggettivo del possesso legittimo.

L'esercizio a lungo continuato di un diritto, proficuo anzitutto al possessore, ma vantaggioso eziandio alla società, alla quale giova

---

(1) Sopra n. 16. L'art. 2135 è stato ampiamente esaminato sopra n. 90.

che siano coltivati i campi, abitate le case, ed in genere esercitati i diritti, è benignamente riguardato dal legislatore, il quale lo autorizza, protegge ed eleva da ultimo alla qualità di diritto pieno ed irrevocabile. Le epoche, in cui le terre andavano deserte e si dovevano allettare a coltivarle i pochi ancora volonterosi colla promessa che dopo due anni ne avrebbero acquistato il dominio (1), sono le più infelici del Basso impero; mentre l'epoca più bella e più gloriosa della Repubblica fu quella in cui era ammessa l'*usucapio pro herede*, benchè dai Giureconsulti riprovata come improba e lucrativa. Ma il breve termine di un anno per adire l'eredità sotto minaccia di esserne spogliato non parve iniquo a quei rudi cittadini, vigili custodi dei proprii diritti.

Vuolsi eziandio rammentare, che l'usucapione è un mezzo energico per obbligare la proprietà a compiere nel seno dei civili consorzi quel benefico ufficio, che naturalmente è ad essa affidato. E come a conseguire questo scopo non è punto necessario che il possessore abbia un titolo, non può essere e non è maggiormente necessario che egli si trovi in buona fede.

Ed un forte argomento a sostegno della mia opinione è fornito dalla storia dell'usucapione. Nel primitivo Gius civile di Roma l'*usucapio* destinata a supplire al difetto delle forme solenni di alienazione non voleva che una *justa adquirendi causa*. Soltanto in tempo posteriore per l'influenza dei principii, che reggevano la *praescriptio temporalis* e l'*actio Publiciana*, si richiese eziandio la *bona fides*. La *longi temporis praescriptio*, così come venne ordinata da Giustiniano, ebbe tra i suoi elementi anche la buona fede: ma il Diritto Romano tanto nella *usucapio*, quanto nella *longi temporis praescriptio* si appagava della buona fede primordiale. È controverso se questo requisito fosse necessario per la *longissimi temporis praescriptio;* ma è opinione professata dai più che nol fosse (2). Il bisogno della buona fede fu esagerato dal Diritto Canonico, sia pel predominio del sentimento ascetico, sia per lo scopo di premunire i latifondi degli Enti ecclesiastici dall'opera benefica del possesso. Fu adunque un ritorno ai veri principii della materia la disposizione dei moderni Codici, che ha liberato dal bisogno della buona fede la prescrizione acquisitiva di trent'anni.

251. — L'accusa lanciata contro il legislatore ha trovato un valoroso propugnatore nel Laurent (3), il quale non esitò a procla-

(1) Vedi Maynz, *Droit Romain*, § 116.
(2) Vedi sopra, n. 11.
(3) XXXII, n. 369.

mare che la Legge civile coll'autorizzare l'acquisto malgrado il difetto della buona fede ha sanzionato una massima funesta all'ordine morale che è la base di quello giuridico, ed ha legittimato nel seno degli umani consorzi l'uso della forza e della frode. Si tratta di sapere, esclama l'illustre Scrittore, se l'usurpazione debba trionfare della proprietà, che è il cardine della società moderna. Ed approva la Legislazione Canonica, la quale non transigeva colla mala fede, e voleva una buona fede continuata dal primo fino all'ultimo istante dell'usucapione.

La grande autorità dello Scrittore, che ha raccolto ed aggravato l'accusa, mi costringe a farne un attento e spassionato esame, lasciando da parte ogni idea preconcetta, e dimenticando per un istante il mio sistema, nel quale havvi già una risposta perentoria. Anzitutto io ravviso una patente contraddizione tra la censura lanciata dal Laurent ed il principio, che egli stesso con tanta potenza di ragionamento ha dimostrato essere il cardine dell'usucapione. Se fondamento di essa è il fatto del possesso, non si comprende l'influenza che sull'effetto ultimo di questo deve esercitare la buona o la mala fede del possessore. Forsechè la buona fede può aggiungere valore ed efficacia alla pubblicità, alla continuità, all'univocità del possesso, o per converso questi e gli altri caratteri del possesso legittimo sono snervati o peggio ancora annullati dalla mala fede? Forsechè la buona fede rende più proficuo l'umano lavoro, che si manifesta ed afferma nel possesso, od al contrario men vantaggioso lo rende la mala fede? Ma a prescindere da questa contraddizione tra la premessa e la conclusione, è pur sempre fallace l'asserto campato in aria dal Laurent, che l'usucapione non accompagnata dalla buona fede è assisa sull'usurpazione. È necessario di ben determinare il significato delle parole. Se usurpazione, come suona la parola, vuol dire occupazione commessa colla frode o colla violenza, è manifesto che la Legge civile non attribuisce ad essa alcun valore, poichè è espressamente stabilito che gli atti violenti o clandestini sono inetti a servire di fondamento al possesso legittimo ed all'usucapione. Che se poi nella mente del Laurent la parola usurpazione significa un'occupazione qualsiasi dell'altrui cosa, non accompagnata dalla coscienza di aver il diritto di signoreggiarla, la sua idea ripugna a verità ed a ragione. Per comprenderne tutta la fallacia, basta che noi immaginiamo i tempi infelicissimi della decadenza dell'Impero Romano, quando i proprietari dei latifondi, che perdettero l'Italia, li lasciavano pressochè incolti, ed i campi rimanevano deserti per mancanza di braccia, che attendessero al lavoro. Or bene si supponga che un uomo di buona volontà avesse occupato e lavorato uno di quei fondi iste-

riliti, pur sapendo che non gli apparteneva, e, non risparmiando cura e fatica, l'avesse reso di bel nuovo fertile e produttivo. Era una landa infeconda, e per opera sua si è convertita in un campo, in un orto, in una vigna fioritissima. Ed ecco che dopo trent'anni il proprietario si ricorda del terreno da lui abbandonato; la vista dell'ammiranda trasformazione da altri compiuta, e dei ricchi prodotti creati dall'altrui mano, ridesta in lui il sentimento dei suoi diritti, e lo spinge a rivendicare il suo fondo. E se il possessore gli opponga il diritto acquistato col diuturno, tranquillo e proficuo lavoro, il proprietario, a giudizio del Laurent, potrà rispondergli: Tu sapevi che il fondo era di un altro; l'ordine morale non meno che quello giuridico impongono di non transigere colla mala fede. Ma a sua volta non avrebbe maggior ragione il possessore di replicare: No, il fondo non è tanto dell'antico proprietario che lo ha lasciato deserto e per tanti anni se ne è dimenticato, quanto di chi con opera assidua lo ha coltivato e reso fruttifero con suo ed universale vantaggio?

Non mi si obbietti che le infauste condizioni di quei giorni non possono più rinnovarsi nei nostri tempi e nei nostri paesi. Ciò che è avvenuto un dì, può nuovamente accadere. E pur troppo nella patria nostra sonvi ancora ampie regioni, nelle quali appena ora penetra la tardiva civiltà, nelle quali le terre sono pressochè incolte, e in cui quindi possono rinnovarsi i fatti che ho delineato. Del resto, desumendo un insigne esempio dalla storia non volli dire che esso corrisponda alle presenti nostre condizioni, e tanto meno che debba quotidianamente ripetersi, bastandomi di mettere in evidenza le estreme conseguenze della dottrina, che io combatto.

Questa dottrina si palesa anche più erronea nei suoi rapporti coll'antico proprietario. Pur concesso che l'ordine morale e giuridico sia turbato dall'acquisto del diritto mediante un'usucapione disgiunta dalla buona fede, è manifesto che la distinzione tra buona e mala fede non ha importanza alcuna pel precedente proprietario, e che egli non sarà punto consolato della perdita della sua proprietà, se gli si dirà che il possessore, che ha usucapito, era in buona fede, e che in grazia di questa la società lo ha autorizzato a convertire in dominio il suo possesso.

A mio avviso anche i più acuti Scrittori dimenticano spesso la nozione giuridica del possesso. Possesso non è presunzione di proprietà, nè sotto questo aspetto venne considerato e disciplinato dalla Legge civile. Al contrario con un opportuno ritorno ai principii rigorosamente logici insegnati dagli antichi Giureconsulti essa ne fece un istituto a sè, distinto dall'esercizio di un diritto legittimamente acquisito, con norme e con una configurazione tutte sue proprie.

Per un solo rispetto la legge interroga il possessore; per sapere cioè se abbia l'*animus domini*, senza del quale il possesso non esiste. Se adunque il possesso è legittimo, anche quando non è accompagnato dalla buona fede, se alla usucapione ordinaria null'altro occorre che un possesso legittimo durato per trent'anni, perchè avrebbe il legislatore imposto un requisito di più?

E poi quale sarebbe questa buona fede? La semplice, quella cioè che consiste nella sola opinione di avere il diritto esercitato, o per converso la qualificata, dipendente cioè da un titolo, da una *justa adquirendi causa*? Basterà che sia esistita al momento dell'acquisto, come voleva il Diritto Romano, o dovrà accompagnare l'usucapione in tutto il suo corso, come esigeva quello Canonico? A fil di logica il Laurent dovette esigere i requisiti più rigorosi, vale a dire titolo formale, e buona fede continua. E di conseguenza in conseguenza si giunge a questa, che l'usucapione troverà i suoi termini abili solo in casi eccezionalissimi; che pulluleranno le liti, e la tranquillità e la certezza dei dominii andranno in bando da questo mondo. È possibile che in questa guisa sia completamente soddisfatto l'ordine morale; ma temo assai che non sarebbero ugualmente avvantaggiati gli interessi generali ed individuali. Questi riflessi così ovvii ed evidenti non erano sfuggiti all'acuto sguardo del Laurent; tant'è che egli censurò il legislatore di avere stabilito l'inettitudine della detenzione precaria, per quanto a lungo protratta, all'acquisto del diritto (1). Eppure la ragione, per cui la legge ha vietato di usucapire al detentore precario, è non meno giuridica che morale, perchè il concedergli la licenza di purificare con un moto interno e non riconoscibile della sua volontà il vizio del suo possesso, sarebbe stato favorire la slealtà e la frode e suggellare coll'approvazione del fatto compiuto la violazione della fede dovuta al proprietario.

Per essere logico, il Laurent avrebbe dovuto rinnegare del tutto l'usucapione. Ed era questa la conclusione, che gl'imponevano le sue premesse. Ma è patente incoerenza proclamare la necessità dell'usucapione dall'un lato, e dall'altro rimproverare il legislatore di non avere richiesto la buona fede nella trentennaria. Se il principio morale comanda al possessore di mala fede di restituire al proprietario la cosa, per quanto a lungo l'abbia posseduta, non si comprende, come quello di buona fede debba trovarsi in una diversa condizione, poichè è certo che la buona fede da sola non gli potè attribuire la proprietà di una cosa, che apparteneva ad altri.

(1) LAURENT, XXXII, n. 309. Vedi sopra n. 168.

Concludo quindi: non all'usurpazione, ma al possesso non violento e non clandestino nella sua nascita, pubblico e tranquillo nella sua lunga esistenza, la Società attribuisce la forza di generare il diritto. Ed ha giustamente operato. La buona fede è un termine necessariamente correlativo del titolo. Quando la legge vuole il titolo, è logico che pretenda ancora la persuasione della validità del medesimo; ma se non lo richiede, non può neppure richiedere quella, che si ridurrebbe ad una vana ed inescusabile opinione.

252. — Poichè l'art. 2135 Cod. civ. ha dispensato la trentennaria dai requisiti del titolo e della buona fede, lo violerebbe apertamente quella sentenza che richiedesse la buona fede, od anche soltanto istituisse indagini intorno all'esistenza di essa. E non sarebbe neppur ammessibile alcuna distinzione tra mala fede e dolo, poichè il dolo, se non abbia macchiato l'acquisto del possesso, non rende impossibile la trentennaria (1). Qualunque sia il grado della mala fede, la prescrizione corre ugualmente, perfin quando il possessore abbia già riconosciuto il diritto del proprietario. Per lo stesso motivo non può autorizzarsi il rivendicante a dare la prova della mala fede, o a deferire su questo proposito il giuramento decisorio all'avversario, che ha giustificato un legittimo possesso trentennario (2).

253. — La prescrizione acquisitiva trentennaria serve a far acquistare, oltre alla proprietà, anche gli altri diritti reali, suscettivi di quasi-possesso, come ampiamente spiegammo nella Sezione II del Capitolo III. Anzi per alcuni di questi diritti è espressamente scritto nella legge, che si acquistano mediante il possesso trentennario. Ciò dispone l'art. 629 Cod. civ. per le servitù continue ed apparenti, e l'art. 631 per quelle continue non apparenti dal giorno in cui si fece un atto di opposizione al diritto del proprietario.

254. — Il Savigny ha consigliato ai legislatori di non stabilire termini troppo lunghi, nè termini troppo brevi, poichè i primi contrastano col principio fondamentale dell'usucapione, ed i secondi espongono i proprietari ad ingiuste decadenze. Ora lo spazio di trent'anni è più che sufficiente, perchè il proprietario possa con una mediocre diligenza rendersi esatto conto dello stato delle

---

(1) *Idem*, Laurent, XXXII, n. 385.
(2) *Idem*, Duranton, Op. cit., n. 345.

sue cose, riconoscere se altri le possegga, e provvedere alla tutela dei suoi diritti. Dopo un tal periodo di tempo non ha alcun plausibile motivo di lagnarsi della decadenza, che lo colpisce. D'altra parte il possessore si è avvezzo a considerare la cosa come sua, avendone tranquillamente goduto i frutti per ben trent'anni; nè sarebbe giusto spogliare la sua famiglia di agi, che reputò legittimi, per ridarli ad un proprietario, il quale colla prolungata inerzia dimostrò di non abbisognarne. Il termine è quello portato dalla tradizione. Trent'anni erano voluti a completare la *longissimi temporis praescriptio*; trent'anni erano pur voluti dalle RR. Costituzioni, dal Codice Francese e da quello Albertino. Ai nostri dì questo termine apparisce soverchiamente lungo, ove si considerino le presenti condizioni della civiltà, la rapidità delle comunicazioni, l'agevolezza e la molteplicità enormemente cresciuta dei traffici e degli scambi (1).

255. — Le disposizioni del Codice di Commercio a riguardo della prescrizione commerciale hanno dato origine alla seguente questione: se la prescrizione ordinaria di dieci anni in materia di commercio sancita dall'art. 917 del predetto Codice sia anche acquisitiva, e se quindi l'usucapione ordinaria, non accompagnata dai requisiti del titolo e della buona fede, si compia in materia commerciale nel più breve spazio di dieci anni.

È una questione di non poca importanza teorica e pratica, che sarà esaminata nella seconda parte di questo trattato, quando si studieranno di proposito le disposizioni dettate dal Codice di Commercio per la prescrizione commerciale.

Pel momento mi limito a dichiarare che la mia opinione è questa: che la prescrizione decennale stabilita dall'art. 917 Cod. Comm. è esclusivamente estintiva; e che la prescrizione acquisitiva si compie sempre in trent'anni senza distinzione tra materia civile e materia commerciale (2).

---

(1) Nelle discussioni parlamentari intorno al progetto di Codice i deputati Romano e Mancini avevano propugnato la riduzione della durata della prescrizione *longissimi temporis* a 15 anni (*Collezione* Gianzana, II, Discussioni, pag. 63 e 195). Ed il Mancini aveva risollevato la questione in seno alla Commissione di Coordinamento, la quale aveva rimandata la decisione, per prenderla colla massimà maturità di consiglio (*Coll.* Gianzana, III, Verb., pag. 424). Ma poi non si occupò più della questione, e l'art. 2135 restò nel Codice senza mutazioni.

(2) Confor. Mirabelli, Op. cit., 159; Contra Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, vol. I, parte 2ª, pag. 510.

CAPITOLO XIII.

Gli effetti della prescrizione acquisitiva [1].

SOMMARIO: 256. *Chi ha usucapito ha un'azione ed un'eccezione a tutela del diritto acquistato.* — 257. *Virtù retroattiva dell' usucapione.* — 258. *La estensione dell'usucapione è determinata dalla regola:* tantum praescriptum quantum possessum. — 258[bis]. *Questa regola non ha per conseguenza che la prescrizione acquisitiva si debba strettamente applicare.* — 259. *Rapporti tra la prescrizione acquisitiva della cosa e i diritti reali che la gravano.* — 260. *Si combatte la teorica che il possesso possa ampliare gli effetti del titolo.* — 261. *Applicazione della massima* tantum praescriptum *nella misura degli effetti materiali dell'acquisto - Rapporti del tutto colle parti.* — 262. *L'usucapione della cosa si estende alle pertinenze, ma non agli accessorii.* — 263. *L'usucapione del fondo investe anche le alluvioni.*

256. — Gli effetti della prescrizione acquisitiva sono diversi secondo la funzione, che essa è chiamata ad eseguire. Per quanto concerne la funzione processuale, essa fornisce un'azione ed un'eccezione. Chi ha usucapito si trova nella medesima condizione, che se avesse acquistato la proprietà in altro legittimo modo, poichè l'usucapione è un titolo di acquisto che equivale ad una convenzione conchiusa col proprietario. Questa massima, oltrechè discende spontanea dai più inconcussi principii, è confermata da parecchi disposti di legge. Di vero l'art. 2105 Cod. civ., recita che la prescrizione è un mezzo, con cui col decorso del tempo, e sotto condizioni determinate taluno acquista un diritto. L'art. 710, ultimo cap., detta, che la proprietà e i diritti reali possono acquistarsi col mezzo della prescrizione. L'art. 629 dice, che le servitù continue

(1) Prima d'indagare gli effetti della prescrizione acquisitiva parrebbe più ovvio di esaminare l'altra forma di prescrizione acquisitiva, che è la decennale accompagnata dal titolo e dalla buona fede. Ma due riflessi m'inducono a seguire un opposto sistema. In primo luogo, a mio giudizio, la vera e tipica usucapione del vigente Diritto è la trentennaria, mentre la decennale rappresenta un'usucapione privilegiata, ispirata da benigni riguardi verso un possessore, che si trova in condizione moralmente più favorevole. In secondo luogo l'esame degli effetti generali della prescrizione acquisitiva spargerà luce su una parte assai difficile nella trattazione della decennale.

ed apparenti si stabiliscono in forza di un titolo o colla prescrizione di trent'anni. Ora è cosa manifesta, che chi ha acquistato un diritto può farlo valere tanto in via di azione, quanto in via di eccezione; in via di azione contro chicchessia violi il suo diritto; in via di eccezione contro chiunque insorga a contestarglielo (1).

L'usucapione produce *ipso jure* questi effetti. Nè può fare ostacolo il disposto dell'art. 2109 Cod. civ., in virtù del quale la prescrizione deve essere invocata da chi vuol trarne profitto. Quali siano il significato ed il valore di questo disposto, ho ampiamente chiarito al n. 63, dove dimostrai che è falsa l'opinione del Troplong, che nel sistema di diritto vigente l'usucapione sia ridotta agli umili e inadeguati termini d'una semplice eccezione.

257. — Tutti i Commentatori riconoscono nell'usucapione compiuta una virtù retroattiva, per effetto della quale l'usucapiente si reputa essere stato proprietario fin dal primo momento, che cominciò a possedere, ed è esonerato dal restituire i frutti che ha percetto durante il corso dell'usucapione; si ritengono atti di legittimo proprietario quelli da lui compiuti, e validi i diritti reali, che egli abbia imposto sulla cosa posseduta durante il corso medesimo. Ma dissentono poi intorno al fondamento razionale da attribuirsi a codesta retroattività. Ad alcuni è parso che la presunzione di abbandono del diritto per parte del proprietario operi fin dal principio del possesso. Altri, che all'usucapione dànno per base un titolo presunto, dicono che questo ha legittimato tutto il tempo occorso a completarla. Altri infine affermano che la necessità di rendere certi e sicuri i dominii esige, che gli atti intermedii dell'usucapiente si fingano compiuti dal vero domino (2).

Ragioni vere non ci possono essere. Verità è questa, che durante l'usucapione solo proprietario è ancora l'antico, contro il quale essa procede; e quindi tutti gli atti fatti dall'usucapiente sono in realtà compiuti da un semplice possessore, e dovrebbero ritenersi come nulli sebbene la usucapione giunga alla sua meta. La necessità pratica s'impose, e l'efficacia retroattiva fu da tutti ammessa

---

(1) Confor. Bianchi, IX, parte 2ª, pag. 119.

(2) Osserva il Tartufari: “ Non è il solo ultimo istante che produce l'usucapione, esso la compie soltanto e pone il coronamento all'opera cominciata e proseguita dal possesso coll'azione costante di dieci o più anni. È un'azione che ha durato lungo tempo, ma un'azione unica, e però bisogna riportarne l'effetto sino al suo principio ” (Op. cit., n. 789). Neanche quest'osservazione risolve la difficoltà; appunto perchè l'usucapione è un'azione unica durata molti anni, solo dopo il suo compimento è acquisito il diritto.

come coronamento dell'edificio. Vi sarebbe stata una difficoltà quasi insuperabile a stabilire il preciso momento, in cui l'usucapione fece l'ultimo suo passo; ciò che sarebbe stato necessario per separare gli atti compiuti dall'usucapiente, quand'era un semplice possessore, da quelli posteriori da lui compiuti, quand'era diventato un legittimo proprietario. Del resto nessuno avrebbe interesse a far contrasto. Non il possessore a cui favore è ordinata, e neppure i terzi, che con lui contrassero nel tempo intermedio, poichè se ne trovano del pari avvantaggiati. Non l'antico proprietario, poichè, avendo oramai perduta la proprietà, a lui non importa che si tengano validi gli atti intermedii dell'usucapiente, e neppure coloro, che durante il corso dell'usucapione acquistarono diritti sul fondo, perchè i loro diritti, se legalmente conservati, saranno efficaci contro il nuovo proprietario come lo sarebbero contro l'antico.

La retroattività dell'usucapione giova a tutti coloro che hanno posseduto la cosa durante lo spazio di tempo definito dalla legge, dandosi successivamente causa l'uno all'altro. L'unione dei possessi è l'altra faccia dello stesso concetto. Per la virtù di entrambe l'usucapione costituisce una catena di anelli continui dal suo primo fino al suo ultimo istante. Ed è per causa della retroattività, che il possessore precedente può talvolta prevalersi del possesso esercitato dal suo avente causa allo scopo di far considerare sè come proprietario in quel momento, in cui cedeva la cosa al suo successore, e valido fin d'allora l'atto di cessione (1).

258. — Grave problema è quello che concerne l'estensione dell'acquisto ottenuto mediante l'usucapione. Teoricamente s'offre la regola piana e chiara: che codesta estensione è segnata dall'esercizio del diritto, che formò l'oggetto dell'usucapione; ma la pratica applicazione della regola è irta di dubbi e di difficoltà. Di vero ogni rapporto giuridico deve essere contenuto entro limiti certi, e questi, quando si tratti di negozii nascenti dalla dichiarazione della umana volontà, sono fissati dalla volontà stessa. Così il contratto, il testamento, la legge designano essi stessi i confini, entro cui devono contenersi i diritti a cui dànno vita. L'usucapione invece, fondata com'è su di un fatto unilaterale, la cui estensione non è sempre uguale nella varietà degli atti innumeri che può essere comportata dall'univocità e dall'uniformità, deve ricercare in questo fatto, che è l'esterna rappresentanza del diritto che si voleva acquistare, la misura del diritto acquistato. La corrispondenza

(1) Sopra n[i] 88[bis], 162, 163.

tra la misura del possesso e quella del diritto quesito è energicamente affermata dal noto broccardo: " tantum praescriptum quantum possessum ".

Questa misura dell'usucapione ha il duplice scopo di determinarne gli effetti in confronto degli altri diritti reali, che sulla cosa usucapita siano stati legalmente imposti, e di segnare la materiale estensione della cosa o del diritto acquisito, come vedremo fra breve.

258*bis*. — Il Laurent, appoggiandosi sull'autorità del Dunod, ha insegnato che la massima *tantum praescriptum* ha per suo logico corollario, che la prescrizione acquisitiva devesi strettamente interpretare (1). Quest'applicazione restrittiva così viene da lui esemplificata: Posseggo un fondo gravato da una servitù, cui il titolare continua ad esercitare; certo, anche dopo compiuta la prescrizione acquisitiva, la servitù sarà ancor viva ed intatta. Questa idea del Laurent non ha fondamento razionale. Se parlandosi di applicazione restrittiva, si vuol dire che il possessore, il quale afferma di avere usucapito, debba dare la prova rigorosa del suo possesso colle condizioni e colla durata volute dalla legge, si enunzia un assioma inconcusso, poichè nessuno si ritiene spogliato di un diritto, che legittimamente gli compete, se non in quanto (e per quel tanto solo) altri provi di avere acquistato il medesimo diritto. Ma fornita la prova, l'usucapione giunge fino all'estremo limite toccato dal possesso su cui essa posa. Che se poi si vuole significare, che le servitù e gli altri diritti reali imposti sul fondo usucapito, e debitamente praticati, non si estinguono per questo solo motivo, che la prescrizione acquisitiva deve essere strettamente applicata, si dice cosa non vera. Cotali diritti restano vivi ed illesi, non ostante l'usucapione del fondo, per questo che i loro titolari si sono curati d'impedirne l'estinzione. Il possesso del fondo non ha potuto agire su di essi, che hanno una vita indipendente, e cessano soltanto in forza della completa inerzia dei legittimi loro titolari. La verità è questa, che si applica all'usucapione lo stesso metodo che serve per valutare gli effetti dei contratti. In questi la dichiarazione della volontà, in quella il possesso stabiliscono quali e quanti sono gli effetti. Ma entro siffatti confini l'usucapione produce ogni possibile effetto, di guisa che il diritto reale si troverà nelle mani dell'usucapiente in quelle stesse condizioni, in cui si sarebbe trovato presso il *dominus*. Valga l'esempio stesso proposto dal Dunod

(1) LAURENT, XXXII, n. 345.

e dal Laurent. Coll'usucapione acquisto la proprietà del fondo, ma gravato della servitù. Forsechè la servitù sarebbesi spenta, se la proprietà del fondo fosse rimasta nelle mani dell'antico proprietario, o da questo fosse passata in altre mani per virtù di un'alienazione da lui compiuta? E che vi ha adunque di restrittivo nella valutazione degli effetti dell'usucapione in confronto di quelli dei contratti, se essi sono uguali in ogni caso? Se non che l'errore del criterio adottato dal Laurent, si manifesta anche più luminoso rovesciando l'ipotesi: Durante il trentennio occorrente a completare l'usucapione il proprietario del fondo dominante si è astenuto da ogni atto di esercizio; di conseguenza la servitù è perita pel non uso. Ma la estinzione della servitù ha la sua unica causa nell'inerzia del proprietario del fondo dominante, ed è del tutto indipendente dal possesso del fondo servente. A conforto della mia opinione credo opportuno riferire l'arguta osservazione del Tartufari (1): " Basta ripensare in vero che il possesso fornito di certe qualità è la condizione *sine qua non*, la causa vera dell'usucapione, per intendere che qui non si può trattare nè d'interpretazione estensiva, nè d'interpretazione restrittiva, ma soltanto di commisurare il più possibile esattamente colla causa l'effetto, affinchè questo non riesca sproporzionato nè in più nè in meno colla causa medesima. Chè diversamente nel primo caso si farebbe alla causa produrre un effetto superiore alla sua potenza, e si andrebbe al di là delle intenzioni del legislatore; nel secondo invece si avrebbe un segno evidente che la causa avesse incontrato un impedimento sufficiente a paralizzarne in tutto od in parte l'azione. Ma per intima ragione di cose codeste due ipotesi, contrarie alla ragion del giure, dovendo essere eliminate, resta, che la suddetta regola è una stregua precisa, al di là e al di qua della quale sta l'ingiustizia ed il disconoscimento della ragione legislativa ".

259. — Traendo dalle discorse considerazioni una regola generale, acconcia alle innumere contingenze pratiche, devesi tenere per ferma questa massima: che l'usucapione fa acquistare la proprietà o quell'altro diritto reale *cum sua causa,* in quello stato medesimo, in cui si sarebbero trovati presso l'antico proprietario nell'istante nel quale l'usucapione si compieva. La qual massima è un logico corollario del principio che restringe l'azione del possesso a quei rapporti, su cui esso esercita la sua influenza. Nè varrebbe l'obbiettare che l'usucapione essendo un modo di acquisto originario,

(1) Op. cit., n. 857.

debba far acquistare la proprietà in quella condizione, nella quale venne posseduta. La massima *tantum praescriptum, quantum possessum* segna un limite all'opera dell'usucapione, ed esclude qualsiasi minaccia all'esistenza degli altri diritti reali, che abbiano per loro oggetto la cosa stessa.

A questa massima si è voluto da alcuni fare un'eccezione per quanto all'ipoteca, che si dovrebbe considerare estinta a vantaggio del terzo, che ha posseduto il fondo come libero. È la *usucapio libertatis* della ipoteca, che, come si è veduto sopra al n. 34[ter], è assolutamente inaccettabile nel sistema legislativo imperante.

260. — Per un ordine contrario di idee è corso il Tartufari, il quale ha ravvisato nella massima *tantum praescriptum* un criterio per estendere gli effetti del possesso oltre il titolo, in base al quale si possiede. Questo evento, il quale a suo avviso s'avvererebbe nelle invasioni dell'esercizio della proprietà sugli altri diritti reali gravanti la medesima cosa, e viceversa, lo condusse a stabilire questo criterio generale: che il limite, ove non sia imposto dal titolo o dalla natura del diritto, è determinato dal possesso. E così, se taluno acquisti un fondo enfiteutico, come libero, e come tale lo possegga, ne usucapisce il dominio assoluto nel periodo di dieci anni, *perocchè il possesso amplia persino il titolo* (1). Questa teorica fa capo a tutti i principii generali che regolano l'usucapione; ma per non ripetere quanto altrove venne distesamente esposto, mi ristringo ad un'analisi sommaria. Che il possesso amplii gli effetti del titolo, è cosa da non mettersi in dubbio, ma è cosa pur certa che per volere questi effetti più vasti, bisogna non invocare la decennale, la quale esige titolo e buona fede. Allora la massima *tantum praescriptum* assume la funzione assolutamente coercitiva di adeguare gli effetti del possesso a quelli del titolo. Nell'equazione entra un nuovo termine, il titolo. Nè fa contrasto l'essersi ammessa l'usucapione del fondo enfiteutico, acquistato come libero; poichè è testuale disposto della Legge civile che possono usucapire coloro, che hanno causa dai detentori precarii.

Il criterio proposto dal Tartufari trova congrua applicazione nelle usurpazioni commesse nell'esercizio dei diritti reali, i quali, essendo tante frazioni del dominio, lo vengono restringendo a misura che crescono. Così se sia stata in genere concessa una servitù di passaggio senza determinazione delle modalità, il possesso determinerà la larghezza ed il modo del passaggio ed il luogo dove

(1) Tartufari, Op. cit., nn. 860-862.

esercitarlo. Perchè, come dice egregiamente lo stesso Autore, la massima tradizionale riguarda non pure l'estensione del diritto e della cosa, quanto ancora le modificazioni a cui l'uno e l'altra possono andar soggetti (1).

261. — La regola presenta altre applicazioni degne di studio particolare nella misura degli effetti materiali dell'acquisto. Le regole giuridiche, come ogni portato della scienza, non hanno importanza, se non come strumenti pronti e precisi per risolvere le difficoltà che la pratica offre di continuo. E le difficoltà sono molte e scabrose in questa materia, dove un fatto, che fu necessariamente mobile e vario in un così lungo periodo, fornisce il metro per misurare l'acquisto: e crescono e si aggravano quando la stessa cosa è oggetto di parecchi diritti reali, di guisa che siavi bisogno di stabilire il limite dell'acquisto, che il titolare di uno di essi abbia fatto a danno degli altri.

Ed indagando le precipue di queste difficoltà, trovo che la prima è offerta dal rapporto della parte verso il tutto. Chi ha un diritto, non è obbligato ad esercitarlo nel suo intiero, potendo a lui bastare l'esercizio di una parte sola. Ma un esercizio parziale, se è sufficiente a conservare il diritto, è assolutamente inetto a farlo acquistare al di là della parte posseduta. A torto hanno creduto alcuni Scrittori d'introdurre un'eccezione al principio pel caso in cui, sebbene sia stata posseduta una parte sola dell'altrui cosa, pure la volontà ha abbracciato la cosa intiera. Per giustificare questa eccezione essi osservano che: " il possesso per essere esercitato non ha bisogno di atti che si compiano su ciascuna zolla del fondo posseduto, ma basta che gli atti siano diretti alla totalità della cosa, e che rivelino nel possessore l'animo di ritenerla per intero con titolo di proprietà. Se adunque il possesso non può nell'ipotesi non riferirsi alla totalità della cosa, uopo è che a tutta la cosa si estenda la prescrizione " (2). Non sono difficili a scoprirsi l'errore e l'incoerenza di questo ragionamento. Poichè il supposto è questo, che su una parte del fondo il possessore non abbia mai fatto alcun atto di possesso, è incongruo il sostenere poi che il possesso abbia avuto per oggetto la totalità della cosa. L'illazione dal proprietario, il quale con un esercizio, sia pur parziale, conserva il suo diritto, al possessore che vuole acquistare a danno del proprietario, e non può acquistare se non ciò che ha posse-

(1) Tartufari, Op. cit., n. 858.
(2) Ricci, V, n. 213.

duto, non corre assolutamente perchè i termini sono contraddittorii. A me sembra, che si debba applicare con ogni severità la regola *tantum praescriptum*, ed escludere dall'acquisto la parte del fondo che non venne mai posseduta, quando essa si possa considerare come un tutto a sè stante. E sarebbe inutile ed inopportuno d'investigare l'*animus* del possessore, imperocchè questo da solo senza il concorso dell'esercizio materiale non può condurre all'acquisto del diritto.

Le stesse considerazioni convengono all'altra specie, esaminata dal Laurent (1), di taluno, che possegga uno solo dei piani in cui si divide la casa altrui, senza aver mai fatto atto alcuno di possesso sugli altri piani. Ed anche qui s'insegna doversi avere riguardo all'animo del possessore, e conseguentemente attribuirgli tutta la casa od un solo piano, secondochè egli aveva la volontà di possederla tutta o soltanto in parte. Ed anche in questa ipotesi io dò la medesima risposta: doversi cioè applicare la regola *tantum praescriptum;* e non esservi ragione alcuna di giustizia o di equità che consenta di spogliare un proprietario a favore di un tale che non ha posseduto.

262. — Da queste singolari fattispecie sorge il generale concetto, che la regola *tantum praescriptum* deve essere applicata anche nel misurare gli effetti dell'usucapione nei rapporti del tutto colle parti, e delle parti fra di loro. Una sola eccezione vuolsi ammettere per le parti così intimamente collegate fra loro o col tutto, che non se ne possa concepire l'acquisto parziale senza offenderne l'unità giuridica o economica. In tali condizioni ci si presentano le pertinenze, quelle cose cioè che sono destinate a servire durevolmente alla cosa principale come accessorie, e che sono effettivamente adoperate a tale scopo (2). In questo caso si verifica una effettiva estensione dell'acquisto, perchè le pertinenze, sebbene dipendenti dalla cosa principale o ad essa unite con istrettissimo legame, hanno un'esistenza propria, che, cessata per qualunque evento la loro attuale destinazione, potrebbero riprendere. In ciò diversificano dalle parti integranti di una cosa, le quali sono prive di un'esistenza propria. I materiali adoperati per costrurre le mura di un edifizio, le travi usate a sostenere i tetti, le tegole, che li coprono, diventano parti integranti dell'edifizio, di guisa che colui il quale usucapisce questo, usucapisce nello stesso tempo i mate-

(1) XXXII, n. 347.
(2) Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, § 54.

riali, le travi, le tegole, insomma tutte le diverse cose, che riunite concorrono a formarlo (1).

Per la medesima ragione, e senza bisogno di eccezione alcuna, l'acquisto comprende tutte quelle cose che sono unite inseparabilmente alla principale, e con essa formano un sol tutto (2). Così chi possiede il fondo, possiede anche tutto ciò che è naturalmente compreso nella proprietà del suolo; quindi usucapisce gli alberi, che s'innalzano sulla superficie, ed i metalli che si nascondono nelle viscere del sottosuolo.

Diverso giudizio dovrebbesi invece fare di quegli altri accessori, che non sono così intimamente collegati alla cosa principale da formare con essa un sol tutto inscindibile. Tali sono le dipendenze di una casa, come i magazzini, i giardini; tale la casa colonica inservente al fondo. Non havvi ripugnanza alcuna a concepire il possesso della casa distinto da quello dei magazzini e del giardino, il possesso del fondo senza quello della casa. Concedo che sono casi difficili ad avverarsi in pratica, poichè il più delle volte il possessore della casa userà dei magazzini e del giardino, e quello del fondo si varrà della casa colonica. Ma la poca frequenza dei casi non muta la verità del principio, nè dà motivo di disapplicarlo quando il caso si presenti. E respingo quindi, come erroneo, il criterio proposto dal Ricci (3), il quale insegna doversi guardare se il possessore abbia considerato come accessori della cosa principale, magazzini, giardino e casa colonica, e li abbia tutti investiti col suo *animus possidendi*, nel qual caso resterebbero anch'essi compresi nell'acquisto, o se per contrario li abbia considerati come cose per sè stanti e da ogni altra indipendenti, nella quale ipotesi l'acquisto della cosa principale non trarrebbe seco quello delle accessorie.

In ossequio ai principii io penso che soltanto colui, che possedette unitamente alla cosa principale magazzini, giardino e casa colonica, li usucapì ed acquistò. Certamente, poichè le cose accessorie servono meno della principale, il loro possesso, quando è unito a quello della cosa principale, suol essere meno continuo, meno assiduo. La frequenza degli atti di possesso deve quindi determinarsi con molta discrezione, ed osservando la regola data dalla l. 2, C. *de adq. poss.*, di ricercare se il possessore siasi comportato da buono e diligente proprietario, *an omnia ut dominus gessit.*

---

(1) Vedi sopra n. 108[bis].
(2) Vedi LAURENT, XXXII, n. 347; RICCI, V, n. 213.
(3) V, n. 214.

263. — Nel solo caso degli accrescimenti alluvionali è massima quasi concordemente ammessa che l'acquisto della cosa principale abbraccia anche l'accessoria. Sarebbe stato all'evidenza assurdo pretendere che il possessore facesse continuamente, ad ogni istante, ad ogni successivo accrescersi del fondo, atti di possesso su quelle minime particelle di terra.

Il contrario è stato sostenuto dal Laurent (1). Se l'alluvione era già formata intieramente, prima che incominciasse l'usucapione, concorda pur esso che sarà in questa compresa. E a dir vero, in questo caso non poteva nascere dubbio alcuno, perchè l'alluvione già formata costituisce una parte del fondo. Se invece, cominciata prima, l'alluvione si assoda durante l'usucapione, ed *a fortiori* se cominciata dopo, non la si può attribuire all'usucapiente, perchè al possesso manca la necessaria durata. Nè lo spaventa l'enorme difficoltà pratica di determinare con esattezza il momento, in cui ciascuna particella della terra alluvionale siasi congiunta al fondo, allo scopo di stabilire i successivi istanti nei quali vengano a compiersi, una per volta, le particolari usucapioni, perchè a suo avviso le alluvioni, benchè costituite da impercettibili incrementi, possonsi tuttavia distinguere dai fondi a cui accedono.

Il Laurent non si è curato d'indagare la condizione in cui verserebbero questi accrescimenti alluvionali, dopochè l'usucapione è compiuta. Se ciò avesse fatto, le conseguenze, a cui riesciva la sua teorica, ne avrebbero mostrato alla sua mente lucida e positiva tutta la fallacia. Pongasi in vero che dopo trascorso il trentennio di possesso legittimo insorga l'antico proprietario a rivendicare il fondo. Il possessore invoca la prescrizione, e, fornitane la prova, viene assolto dalla domanda. In questa contingenza *quid juris* delle particelle di terra alluvionale, che non furono ancora usucapite? Dovranno essere restituite all'antico proprietario? Certo che no: perchè chi ha perduto il suo diritto sulla cosa principale, non può averlo conservato sull'accessoria. Per converso poi l'alluvione non puossi attribuire al possessore poichè non l'ha ancora usucapita, sicchè è mestieri di considerarla come *res nullius*, preda del primo occupante. Questa conclusione, che discende spontanea dall'opinione professata dal Laurent, ripugna allo spirito, che informa il sistema adottato dalla legge a riguardo delle alluvioni, e dimostra che sono erronee le premesse su cui essa si appoggia.

Il Ricci (2) combatte la dottrina del Laurent, e sostiene che tutte le alluvioni, in qualunque tempo formatesi restano assorbite

(1) XXXII, n. 347.
(2) V, n. 215.

nell'acquisto del fondo mediante usucapione. A suo giudizio il letto del fiume è proprietà privata spettante ai rivieraschi e gravata da una servitù di uso pubblico. Donde segue, che chi possiede il fondo possiede unitamente a questo anche quella parte del letto, che è al di qua della mediana, e che, se " il terreno già coperto dalle " onde rimane scoperto per essersi queste insensibilmente ritirate, " cessando così di essere affetto dalla servitù di uso pubblico esso " si è posseduto per tutto il tempo, in cui si è posseduto il fondo, " costituente già la riva del fiume, e quindi non può non compren- " dersi nella prescrizione di questo ". Il Ricci stesso prevede una obbiezione che la sua teorica, se pur giusta, potrebbe suscitare: potersi cioè con essa spiegare i successivi acquisti pel ritrarsi delle acque fino alla linea mediana; ma non gli acquisti fatti al di là, riguardo ai quali la sua teorica riesce ad un'usucapione senza la voluta durata del possesso. Ed egli la supera, facendo ricorso alla impossibilità di determinare la linea mediana del fiume, qual'era al momento in cui cominciò l'usucapione. Ma altri e più gravi obbietti si possono muovere alla sua argomentazione. Anzitutto essa posa intieramente sopra di un'opinione molto discussa e respinta dalla prevalente Giurisprudenza e dalla maggioranza degli scrittori (1). È una congettura innestata su di un'altra congettura, un *praesumptum de praesumpto*, ed ognun vede qual labile fondamento abbia una teoria così costruita. Ma anche accettata come vera la premessa, non ne discende la conclusione spesa per certa dal Ricci, che il possessore debba trattarsi alla stessa stregua del proprietario, e che quindi nel possesso del fondo debba ritenersi incluso anche quello del letto sino alla linea mediana. Il possesso, come dissi più volte, ha una sostanza che è *res facti* e non può essere supplita da alcuna finzione. Inferire dalle norme, che governano il dominio, a quelle che convengono al possesso, è peccare contro i principii di ragion logica e giuridica. E sul proposito questa è la verità, che il possessore del fondo rivierasco non possiede il letto del fiume; ma ne possiede invece quelle parti sole, che pel ritrarsi delle acque verso la opposta riva rimangono allo scoperto, e da quel momento soltanto, che restano all'asciutto. Segue, che o si concede nel caso un'eccezionale efficacia della prescrizione acquisitiva anche su questi aumenti alluvionali, sebbene non siano stati posseduti tutto il tempo necessario, ed allora si reputeranno acquistati unitamente al fondo; o si respinge l'eccezione, ed allora la sola conseguenza logica è quella proposta dal Laurent.

---

(1) Vedi sopra n. 41.

Il Tartufari (1) si è accostato assai più al vero, ricercando il motivo per cui si deve fare un'eccezione alla regola, *tantum praescriptum quantum possessum*, a riguardo degli acquisti alluvionali compiutisi durante il corso dell'usucapione nel carattere di accessioni, che hanno codesti acquisti: " acquistato il fondo principale per usucapione, le accessioni alluvionali lo seguono per disposizione di legge, e così, sia pure per indiretto, la usucapione riesce efficace anche per esse ".

Io sono persuaso che la comune dottrina deve essere approvata. Basterebbe a farla accettare come sola vera la necessità, che s'impone, di attribuire al proprietario del fondo principale (e tale è il possessore dopo d'avere usucapito) la proprietà degli incrementi alluvionali. Questa necessità ha ispirato e dettato il precetto legislativo, per cui l'alluvione si considera come un'accessione del fondo rivierasco, a cui si unisce, ed il cui proprietario venne ritenuto il più atto a coltivare ed a rendere fertili e produttive quelle striscie di terreno, le quali altrimenti pel lievissimo vantaggio e pel grave dispendio e fastidio, che avrebbero cagionato a chicchessia d'altri, sarebbero rimaste deserte. Ora questo motivo milita anche per colui che ha usucapito. Egli solo, dopo d'avere acquistato il fondo principale, può avere attitudine ed interesse a coltivare quelle porzioncelle di recente formazione. Oltre a questa ragione di ordine economico altre di carattere giuridico sostengono la comune dottrina. È notevole anzitutto che l'acquisto proveniente dall'alluvione cede piuttosto al fondo che al proprietario. In secondo luogo la prescrizione acquisitiva compiuta ha una virtù retroattiva, per la quale l'usucapiente si reputa essere stato proprietario fin dal primo momento del suo possesso e di conseguenza anche in quello, in cui l'alluvione venne a congiungersi al fondo da lui usucapito. Insomma l'estensione dell'acquisto del fondo alle alluvioni formatesi durante il corso dell'usucapione trova un saldo fondamento nella combinata virtù dei due principii della retroattività della prescrizione acquisitiva e dell'assorbimento delle accessioni nella cosa principale (2).

---

(1) Op. cit., n. 869.

(2) Si può ritenere che sia stata questa la opinione dei Romani Giureconsulti, per quanto è dato arguire dal Fr. 11, § 7. *de publ.*, 6, 2: " Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile est ei, cui accedit; et ideo si ipse fundus Publiciana peti non potest, non hoc petetur, si autem potest et ad partem quae per alluvionem accessit, et ita Pomponius scribit ".

CAPITOLO XIV.

La prescrizione acquisitiva decennale.

SEZIONE I.

Il titolo

deve corrispondere a quella indicata nel titolo. - La massima, che il possesso amplia il titolo, è inapplicabile alla decennale. — 288. *Il titolo deve essere trascritto. - Forma eccezione il titolo* pro legato. — 289. *Influenza della trascrizione sui rapporti giuridici tra i varii interessati* (possessore con titolo, proprietario, acquirente A DOMINO). — 290. *Il titolo deve avere un'esistenza reale, ed indipendente dalla buona fede. - Il titolo putativo non è più ammesso.*

264. — A fianco della prescrizione trentennaria la Legge civile ha accolto un'altra forma di usucapione molto più breve e più favorevole quindi al possessore. È dessa la prescrizione acquisitiva decennale con titolo e buona fede, che è sancita dall'art. 2137 Cod. civ.: " Chi acquista in buona fede un immobile o un diritto reale sopra un immobile in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto, e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie a suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione ".

La prescrizione acquisitiva decennale, che nella sua sostanza è precisamente la *longi temporis praescriptio* del Diritto Giustinianeo, ha nel patrio diritto ceduto il campo alla prescrizione trentennaria, la quale nel sistema di Giustiniano rappresentava una funzione sussidiaria e straordinaria dell'usucapione, e dal primo luogo è discesa al secondo. Le vicende, le mutazioni di idee, che hanno prodotto quest'ultimo risultato, furono altrove ampiamente illustrate.

264bis. — Giova fin da principio notare che la decennale è una prescrizione esclusivamente acquisitiva, e che ha anch'essa il suo fondamento ed il suo elemento attivo nel possesso. È questo un principio capitale, che ci guiderà a rettamente risolvere parecchi dubbi e difficoltà, che incontreremo nello studio degli effetti particolari di questa usucapione.

La trentennaria era stata francata da ogni altro requisito che non fosse il possesso legittimo, troncandosi così tutte le controversie, a cui avevano dato origine le disposizioni poco chiare e ancor meno precise del Diritto Giustinianeo.

Ma il legislatore dalla forza stessa della tradizione era tratto a considerare, che chi possiede in base ad un titolo da lui ritenuto abile ad attribuirgli senz'altro il dominio, versa in una condizione molto più degna di favore, che non quella del possessore il quale risponde: *possideo quia possideo* (1). E poichè la fiducia di avere

(1) Fr. 12, D. *de her. pet.*, 5, 3. Sono fermamente convinto che tra l'acquisitiva trentennaria e la decennale la differenza non è giuridica. Di fatto che importa all'antico proprietario che il possessore abbia un titolo, e sia in buona

acquistato il diritto probabilmente aveva spinto il possessore a fare spese di miglioramento intorno alla cosa, parve opportuno di accorciare il tempo necessario ad usucapire.

Il nostro Codice non si appagò dell'esistenza del titolo, ma volle ancora che fosse trascritto. È parso a molti scrittori, che questo nuovo requisito abbia la sua ragione nella maggiore pubblicità che deriva dalla trascrizione. Ciò non è vero, come ho altrove dimostrato (1). Le trascrizioni sono intestate non ai fondi, ma ai proprietarii, donde segue che la storia delle proprietà o non è scritta su quei registri, o, quel che è peggio, vi è scritta in modo mendace. Il proprietario, pur compulsandoli, difficilmente conoscerà i trasferimenti verificatisi a suo danno. Altro adunque fu il pensiero del legislatore. Ed a mio giudizio fu questo. La trascrizione era completamente ignota in molte regioni dell'Italia ed aliena dalle abitudini di quelle popolazioni. Un mezzo più d'ogni altro efficace per fare a tutti comprendere l'importanza ed i vantaggi del nuovo istituto fu questo di riporre in esso uno degli elementi dell'usucapione decennale, la cui mercè entro un più breve termine si rendono irrevocabili gli acquistati dominii, della cui certezza havvi sempre ragione di temere. Chi compra può spesso nutrire la più ferma persuasione, che il suo autore, quand'anche l'atto non venga trascritto, sia incapace di commettere uno stellionato, ma non può avere un'eguale fiducia di non essere esposto al pericolo di un'evizione, perchè il suo autore, per quanto onesto e prudente, ha potuto ingannarsi e credere suo, ciò che suo non era. Questo, a mio giudizio, lo scopo precipuo ed essenziale che dovette prefiggersi il legislatore nell'aggiungere la trascrizione agli antichi requisiti della decennale, poichè in realtà essa non aumenta la pubblicità del possesso e non costituisce un maggiore avvertimento pel proprietario, contro cui si usucapisce (2).

---

fede, se questo titolo non proviene da lui, e se la buona fede non ha altro ufficio che quello di abbreviare il corso dell'usucapione a tutto suo danno? Tutta la buona fede immaginabile non impedisce che al momento, in cui il proprietario esperisce della vindicatoria, si senta invocar contro la decennale; e così la buona fede svanisce proprio in quel punto, in cui avrebbe bisogno di affermarsi. Per me nell'usucapione vedo due soli elementi giuridici: possesso legittimo, decorso di un certo periodo di tempo. Gli altri, che la legge volle tenere in calcolo, dipendono da motivi di natura morale ed economica. Essi non accrescono l'efficacia del possesso legittimo, che è sempre la medesima, e che non può variare; ma esercitano sulla durata del possesso un'influenza proficua al possessore, che si trova in certe condizioni benignamente riguardate dalla legge.

(1) Vedi sopra n. 128.

(2) Il Cimbali, Op. cit., n. 100, opina che l'art. 2137 nel disporre che il titolo

265. — I requisiti sostanziali della decennale ai termini dell'articolo 2137 sono i seguenti: 1° Titolo; 2° Buona fede; 3° Possesso; 4° Decorso di dieci anni.

Primo ci si presenta il titolo. Pochi vocaboli giuridici hanno assunto tanti significati diversi come la parola *titolo*. Ricordando soltanto quelli attinenti alla materia del possesso, nell'articolo 687 Cod. civ. è detto: presumersi che ciascuno possegga per sè *ed a titolo di proprietà;* nel qual luogo l'espressione *a titolo di proprietà* significa che l'attuale detentore si suppone fornito dell'*animus domini*. L'art. 707, in cui è scritto che a favore dei possessori di cose mobili il possesso di buona fede equivale a *titolo*, significa che contro il possessore di buona fede non si ammette il proprietario a rivendicare la sua cosa. L'art. 2137 parla anch'esso di acquisto in forza di un titolo. Dal semplice confronto di questo articolo cogli altri due emerge, che qui *titolo* significa ben altra cosa, poichè nè si volle accennare ad una semplice presunzione di uno stato subbiettivo del possessore, nè d'altra parte si potè significare un titolo rigorosamente valido ed atto a trasferire immediatamente il dominio. Per determinare senza paura d'incorrere in errori od equivoci il significato del vocabolo *titolo* nell'art. 2137, convien ricorrere ai principii. È dettato antico, che il possessore non è tenuto ad esibire il titolo in base al quale egli possiede. " Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere incivile est " (1). Il *titulus suae possessionis* menzionato in questa legge è la causa giustificativa del possesso, è l'atto giuridico, che comprova il diritto del convenuto di possedere la cosa, o suffraga almeno la sua persuasione di poterla possedere e godere. Ed è in questo senso, che l'art. 2135 Cod. civ. ha stabilito non potersi opporre il difetto di titolo al convenuto, il quale ha giustificato il legittimo possesso trentennario. Vuolsi adunque armonizzare l'art. 2137 col 2135. Questo riguarda il possessore, il quale, non potendo o non volendo giustificare un atto di acquisto, è costretto a rifugiarsi nel *possideo, quia possideo;* quello concerne il possessore, che esibisce il suo atto di acquisto, il quale a suo credere avrebbe dovuto attribuirgli il diritto, ed invece non potè trasmettergli che il possesso, e con questo la *occasio usucapiendi*.

---

debba essere trascritto si uniformi ai principii generali del Codice, in quanto che il proprietario è un terzo nei rapporti del possessore. A questo modo di interpretare il disposto di legge non posso aderire, perchè riduce la decennale ad una sanatoria del titolo, mentre essa è una vera e propria prescrizione acquisitiva.

(1) L. 11, C. *de petit. hered.*, 3, 31.

Consona a queste premesse e pienamente accoglibile mi pare la definizione che del titolo ebbe a dare il Voet (1): Giusto titolo è una causa abile a trasferire il dominio, come la compra e la donazione, di guisa che per quelle stesse cause, per le quali, se la tradizione fosse stata eseguita dal vero proprietario, si trasferirebbe la proprietà, provenendo da chi non è proprietario, proceda l'usucapione (2).

Nel concetto, ond'è informato l'art. 2137 Cod. civ., la nozione del giusto titolo si è venuta allargando, sì da abbracciare non soltanto le cause traslative del dominio, ma ogni altra costituzione di diritti reali. Ed adeguando la definizione del Voet al disposto di legge, puossi dire che il giusto titolo è una causa abile a trasferire il dominio od a costituire un diritto reale suscettivo di quasipossesso. Naturalmente il giusto titolo voluto dalla decennale non è invulnerabile; poichè esso necessariamente suppone che l'alienante non sia il proprietario della cosa alienata.

266. — Stabilito così il concetto generico del titolo, è mestieri determinare i caratteri che esso deve avere per servire di base all'usucapione decennale.

L'art. 2137 Cod. civ. oltre il titolo vuole la buona fede, e si coordina coll'art. 701, il quale dà la definizione del possesso di buona fede secondo l'imperante sistema. Ora l'art. 701 stabilisce che è possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio. Dal nesso fra i due disposti chiaro emerge che il titolo necessario alla decennale è quello traslativo, ciò che è poi confermato dall'altro requisito della trascrizione imposto dall'art. 2137.

Le espressioni usate nei due articoli persuadono che il titolo deve consistere in un modo derivativo d'acquisto. Di vero le cause originarie di acquisto non valgono a trasferire il dominio, ma lo creano, e non possono assoggettarsi alla formalità della trascrizione. A ciò si aggiunga che i modi originarii o dànno senz'altro luogo alla costituzione del diritto, od ove non concorrano tutte le condizioni necessarie alla loro efficacia, non possono dar vita ad un titolo e non possono quindi legittimare il possesso. Essi per la loro natura ontologica esistono o non esistono; quello stato intermedio, che costituisce il possesso di buona fede, non è per essi possibile. Nelle vedute del legislatore il titolo occorrente alla decennale sup-

---

(1) *Ad Pand.*, *de usurp.*, 41, 3, n. 4.

(2) Conformi Laurent, XXXII, n. 389; Troplong, *Prescr.*, n. 873; Borsari, § 4438.

pone la esistenza di due persone: l'una che aliena *(non dominus)*; l'altra che acquista, convinta di acquistare dal *dominus*. Negli acquisti originarii havvi soltanto la persona dell'acquirente, in cui dovrebbero supporsi conglobate la persona dell'autore e quella dell'avente causa; il che è assurdo (1).

La lettera e la ragione dei due articoli mostrano eziandio che l'acquisto per successione universale, quantunque sia derivativo e traslativo, non può formare il titolo occorrente alla decennale. Di vero l'art. 701 dice che possessore di buona fede è chi possiede in forza di un titolo abile a trasferire il dominio. Dunque anche per l'art. 701 è questione di proprietà di una singola cosa, e non di trasferimento di un *universum jus*. Nè vale in contrario che fra i modi, con cui si acquistano o si trasmettono la proprietà e gli altri diritti sulle cose, l'art. 710 Cod. civ. annoveri anche la successione, poichè altro è che questa sia un modo di trasferimento e di acquisto ed altro che possa servire di base al possesso di buona fede; tant'è che si sentì il bisogno di sancire un apposito disposto di legge per estendere all'erede apparente di buona fede la regola dell'art. 703 Cod. civ. (2). Il dubbio se è possibile di fronte all'art. 701, scompare invece davanti all'art. 2137, il quale si riferisce a chi acquista un immobile, a colui cioè che è munito di un titolo particolare, avente per suo oggetto un dato immobile. Così ha da essere, perchè il titolo deve essere specifico e determinato sì da importare una perfetta corrispondenza tra esso e la cosa posseduta, laddove il titolo universale, come è la successione ereditaria, abbraccia l'*universum jus* e non può contenere specificazione di beni.

267. — Colla scorta di questi criterii andrò studiando i varii titoli di acquisto, ricercando quali possano servire di base alla decennale. L'art. 2137 pone il principio, ma non lo definisce, lasciando poi libero il campo all'interpretazione dottrinale.

Il concetto del giusto titolo era stato con ampio svolgimento elaborato dai Romani Giureconsulti. Cosa savia ed opportuna parmi adunque di attingere a questa fonte sempre viva di ogni sapere giuridico i principii da osservarsi con quelle modificazioni, che l'evoluzione dell'istituto e le innovazioni introdotte dalla legge imperante siano per imporre. I titoli, che essi avevano specialmente illustrato, e che possono anche oggidì ricorrere nella pratica, sono i seguenti: " Pro herede, pro legato, pro emptore, pro soluto, pro

---

(1) Confor. Cimbali, Op. cit., n. 29; Mirabelli, Op. cit., n. 238.
(2) *Contra* Cimbali, Op. cit., n. 66 e segg.

transacto, pro judicato, pro dote, pro donato, pro suo „. Di questi titoli noi verremo facendo un breve cenno.

268. — Primo ci si presenta il titolo *pro herede*. — Le vicende storiche della *usucapio pro herede* furono altrove narrate. Basterà ricordare che l'antica *usucapio pro herede* finì per essere completamente abolita, e che ad essa sottentrarono nel Giure Romano nuovissimo altre forme di *usucapio pro herede* che meglio rispondono alle idee anche oggidì accettate. Ed ecco brevemente delineato il sistema della Giurisprudenza classica: 1° Non si ammetteva l'usucapione *pro herede* delle cose appartenenti ad una persona viva, ma erroneamente creduta morta (1); 2° Era opinione prevalente tra i Giureconsulti, che fosse lecito di usucapire cose che non erano proprie del defunto, ma che erroneamente si credessero formar parte dell'asse ereditario (2); 3° Si riteneva pure lecita l'usucapione *pro herede* quando taluno, stimandosi erroneamente erede, si metteva in possesso delle cose ereditarie.

Il titolo *pro herede* non è più ammessibile, perchè è un titolo universale (sopra n° 266). Ma studiando le tre ipotesi or ora indicate, altri motivi ricorrono per far ritenere che in nessuna di esse può trovare i suoi termini la usucapione decennale. Quanto alla prima, è indubitata anche oggidì la massima insegnata dal Diritto Romano, poichè la successione di persona vivente è un titolo radicalmente nullo e riprovato dalla legge (3).

L'ultima ipotesi si può presentare sotto due forme diverse. Taluno, ad esempio, si mette in possesso dell'asse ereditario in forza di un testamento valido. In seguito si scopre un testamento posteriore che lo revoca ed istituisce un diverso erede. L'usucapione non potrebbe procedere per questa ragione perentoria che un testamento revocato è un titolo inesistente (4). Per la stessa ragione neppur potrebbe procedere nell'altro caso in cui taluno, credendosi il più prossimo congiunto del defunto *ab intestato*, ne occupi le sostanze, mentre esistono, sconosciuti, altri stretti congiunti (5).

---

(1) Fr. 1, D. *pro herede*, 41, 5; l. 3, C. *eod. T.*, 7, 29.

(2) Fr. 3, D. *pro herede:* “ Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere „.

(3) *Idem*, Duranton, Op. cit., n. 362.

(4) Confr. Ricci, V, n. 180.

(5) Il Troplong, *Prescr.*, n. 894, opina che la falsa opinione di possedere i beni ereditarii come il parente più vicino al defunto, mentre esistono altri più stretti congiunti, costituisca un titolo putativo, inetto nel moderno Diritto a servire di base alla decennale. Ed a questo proposito imputa di contraddizione il Fr. 33, § 1, D. *de usurp.*, e la l. 4, C. *pro herede*, 7, 29. Ma la censura non

Rimane soltanto la seconda ipotesi. La grande maggioranza degli autori ritiene che neppur in essa sia possibile la usucapione (1). E sta bene. Giova tuttavia rilevare che questi autori, avendo esaminato il solo caso in cui il possesso della cosa altrui era già stato iniziato dall'autore, furono naturalmente tratti dal principio della continuazione del possesso a dinegare che l'eredità costituisca un titolo pel successore. Ma la ipotesi vera del detto Fr. 3 è questa, che l'erede cominci egli il possesso, occupando un'altrui cosa, che erroneamente stima faccia parte della eredità.

269. — La successione nei beni di un defunto può ancora aver luogo per mezzo del legato. I due titoli *pro herede* e *pro legato*, sebbene mettano ugualmente capo alla successione *mortis causa*, pure sono del tutto differenti, poichè quello importa una successione nel-l'*universum jus;* questo invece una successione in *rem singulam;* quello proviene dalla legge o dal testamento; questo soltanto dal testamento.

Considerando il legato nei suoi rapporti coll'usucapione ci si offrono tre casi principali, in cui esso era stato dalla Romana Giurisprudenza ritenuto un giusto titolo: 1° quando nel testamento valido e perfetto viene legata una cosa d'altrui spettanza; ed il legatario la riceve in buona fede, come appartenente al testatore (2); 2° quando il testamento, in cui era stato fatto il legato,

---

regge, perchè quei due testi concernono due casi diversi; sono per così dire due parallele che non si possono incontrare. — A diversa conclusione è giunto il Tartufari, il quale opina che il testamento, i cui vizi non si potevano conoscere coll'uso della comune diligenza, o la falsa convinzione di aver diritto di succedere *ab intestato,* se accompagnata dalla buona fede per aver fatto ogni possibile ricerca di parenti più vicini al defunto, costituiscano giusti titoli (Tartufari, Op. cit., nota n. XIII e segg.). Tale opinione è assolutamente fallace, poichè la disposizione della legge, o quella del testamento, che istituiscono un erede, debbono evidentemente essere reali. O sono, o non sono; via di mezzo tra questi due estremi non è pur dato d'immaginare. Del resto l'obbiezione del Tartufari è puramente accademica, perchè egli stesso poi dichiara che questa pretesa usucapione dell'eredità si compirebbe soltanto in trent'anni. E questo è vero: dopo trent'anni il possessore dei beni ereditarii non è più passibile della petizione di eredità, non già per aver usucapito il *jus hereditarium*, ma perchè in quello spazio di tempo la *petitio hereditatis* si andò prescrivendo.

(1) Troplong, *Prescr.*, n. 888; Duranton, Op. cit., n. 362; Laurent, XXXII, n. 390; Ricci, V, n. 233; Borsari, Op. cit., § 4428; Tartufari, Op. cit., nota, n. VII; Mirabelli, Op. cit., n. 238; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 658.

(2) Fr. 4, D. *pro legato*, 41, 8. E si usucapisce *pro legato*, quantunque il proprietario di essa viva, purchè il legatario sia persuaso che essa appartenga al defunto. Fr. 5 e 6, *eod. T.;* Voet, *ad Pand.*, *ad T.* 41, 8, n. 1.

è imperfetto; o quando il legato è stato poscia revocato, purchè il legatario nel punto, in cui riceve la cosa lasciatagli, ignori i vizi del testamento o la revoca del legato (1); 3° quando mancando una precisa determinazione della persona onorata, come se il legato sia fatto a Tizio, mentre due sono i Tizii, l'uno di essi in buona fede siasi fatto consegnare la cosa legata (2).

Una dottrina moderna, accettata da molti Scrittori, nega al legato la capacità di servire come giusto titolo. Si è tratto argomento dall'art. 837 Cod. civ., il quale dichiara nullo il legato di cosa altrui, salvo che il testatore abbia espresso nel testamento che sapeva essere cosa altrui. L'argomento è fallace, perchè l'articolo 837 contempla il caso in cui la cosa spetti ad altri e sia da altri posseduta, ed al contrario la nostra ipotesi concerne quello in cui la cosa sia nel compendio ereditario. Si è anche detto che il legato non può avere una capacità siffatta perchè non è soggetto a trascrizione. Pel momento mi stringo ad affermare che questa obbiezione non è fondata, riservando ad altro più opportuno luogo la giustificazione del mio asserto.

Adunque è necessario di ricercare quali delle ipotesi sovra specificate possano essere accolte secondo l'imperante sistema legislativo. Debbonsi rigettare le due ultime, perchè o non havvi un titolo abile (2ª ipotesi), od havvi un titolo semplicemente putativo (3ª ipotesi), e perchè per di più in entrambe il titolo proviene dal legittimo proprietario, laddove l'usucapione suppone un titolo derivante *a non domino*. Nella prima concorrono invece tutti i necessarii requisiti: havvi il titolo fornito dal testamento, che si reputa valido e perfetto, e proviene *a non domino;* havvi infine la *successio in rem singulam*, in un oggetto esattamente determinato, come porta la natura del legato (3).

---

(1) Fr. 4 e Fr. 9, D. *pro legato*, 41, 8.

(2) Fr. 4, *eod. T.*

(3) Nello stesso senso Ricci, V, n. 235. — Di questa forma di usucapione ci ha dato un elegante esempio il Giureconsulto Scevola (Fr. 36, D. *de usu et usufr. leg.*, 33, 2): Il testatore aveva legato l'usufrutto di un fondo a Stico, e dopo cessato l'usufrutto, la proprietà a Lucio Tizio mediante un fedecommesso imposto agli eredi. Stico nel suo testamento legò la proprietà del fondo ai suoi nipoti, ed i suoi eredi eseguirono la sua volontà. Interrogato sul proposito, Scevola rispose, che se i nipoti avevano posseduto per tutto il tempo necessario, avevano acquistato il dominio, purchè avessero ignorato che il fondo dopo la morte del loro zio doveva passare ai fidecommissarii. E parmi che anche in faccia al moderno Diritto, supposto solo che la proprietà sia stata lasciata direttamente e non per via di fedecommesso, la definizione non potrebbe essere diversa.

270. — Passando ai titoli di usucapione che provengono da atti fra vivi, quello, che più frequentemente è posto in essere, è il titolo *pro emptore* il quale ha luogo quando taluno compra un immobile da colui che non è proprietario della cosa.

La usucapione *pro emptore* non può ammettersi nel caso in cui sia consegnata una cosa per un'altra. Questa estensione non accolta neppure in altri tempi, in cui si accordava efficacia al titolo putativo giustificato da un errore invincibile di fatto, devesi a maggior ragione respingere oggidì, che non si ammette alcun titolo putativo.

Col titolo *pro emptore* hanno grande affinità i titoli di costituzione di dote, quando l'immobile viene stimato *venditionis gratia*, e di donazione nei casi in cui l'immobile non appartenga al dotante od al donante. Dello stesso genere è il titolo derivante dalla permuta; di guisa che, se i due permutanti si scambino cose di cui non sono proprietarii, ambedue trovino nella permuta una base alla usucapione.

Il titolo *pro soluto* trova applicazione nella sola ipotesi, che il vero debitore dia in pagamento al suo creditore una cosa di cui non sia proprietario. L'ipotesi, in cui taluno reputandosi erroneamente debitore dia in pagamento del debito non esistente una sua cosa, benchè accettata dalle Leggi Romane a condizione che il ricevente credesse di essere creditore (1), devesi respingere per queste due ragioni: che il solvente è proprietario della cosa pagata, la quale passa senza bisogno di essere usucapita al ricevente; e che all'incontro a quello compete la *condictio indebiti*, la quale si estingue solo nel più lungo spazio di trent'anni (2).

Può ancora avvenire che taluno credendosi erroneamente debitore dia cosa non sua. Ed in questa ipotesi io penso col Voet (3), che si intreccieranno l'opera della usucapione e quella della prescrizione estintiva; la prima diretta a paralizzare l'azione reale competente al proprietario della cosa, la seconda diretta a consumare la *condictio indebiti*, spettante a colui che ha indebitamente pagato.

271. — I Giureconsulti Romani annoveravano fra i giusti titoli

(1) Fr. 3, D. *pro suo*, 41, 10; Fr. 7, § 2, D. *pro emptore*, 41, 4; Fr. 48, D. *de usurp.*, 41, 3.

(2) Conforme Voet, *ad Pand.*, ad T. *de usurp.*, 41, 3, n. ult.

(3) Voet, l. c., ove, appoggiato ai Fr. 15, § 1, D. *de condict. indeb.*, 12, 6, e Fr. 13, *de m. c. d.*, 39, 5, giustamente osserva che l'usucapione in questo caso giova non tanto al ricevente, quanto a colui che, pagando l'indebito, aveva dato la *occasio usucapiendi*, e poteva per tutto il trentennio ripeterlo colla relativa *condictio*.

l'aggiudicazione nei giudizii divisorii. " Si per errorem de alicujus fundis, quasi de communibus, judicio communi dividundo accepto, ex adjudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possim " (1). Ma il nostro Codice civile, accettando la radicale innovazione introdotta da quello Francese, ha esplicitamente disposto, che la divisione è dichiarativa e non attributiva di proprietà (art. 1034, 684, 1736 Cod. civ.); ond'è dottrina comunemente seguìta che la divisione non è atta a servire di fondamento all'usucapione.

A questa generale opinione aderisco anch'io, sebbene non mi paia sempre vero nè sufficiente per tutti i casi l'argomento, su cui essa si appoggia. A mio avviso lo scioglimento del problema in relazione al moderno diritto vuol essere altrove cercato. Havvi una specie di divisione evidentemente inetta a prestare il punto di appoggio all'usucapione di dieci anni, la quale specie si verifica quando la divisione comprende un fondo di altrui spettanza, ma già posseduto dal *de cujus*. In questo caso prevale il principio della continuazione del possesso (2). Ma la ipotesi, che si deve fare, è questa: che la divisione comprenda per errore un immobile che non solo non spettava al *de cujus*, ma non era neppure da lui posseduto. In questo caso, se non si vuol negare la luce, bisogna riconoscere che la divisione costituisce un titolo di acquisto, e dà vita ad un nuovo possesso, che non trova nella disciolta comunione alcun addentellato. Sarebbe quindi perfettamente inutile parlare di natura attributiva o dichiarativa della divisione; perchè se essa non può attribuire ai condividendi la proprietà delle porzioni dei beni comuni loro assegnate, *a fortiori* non potrà rendere di loro spettanza quelle cose, che alla comunione non appartenevano. Ciò non ostante, io stimo che si debba negare alla divisione anche in questa ipotesi la qualità di giusto titolo per la seguente considerazione: che nel titolo da essa fornito manca il terzo che alieni la cosa, poichè si suppone che la comunione nulla alieni al condividente, cui venne assegnata, laddove il titolo voluto dall'art. 2137 Cod. civ. esige un terzo che ceda l'immobile od il diritto reale immobiliare all'attuale possessore (3); e che anzi a creare il titolo è concorso direttamente lo stesso condividente, che ora vorrebbe trarne profitto.

272. — Dalla comunione alla Società è breve il passo; poichè se non ogni comunione è Società, ogni Società per converso pro-

---

(1) Fr. 17, D. *de usurp.*, 41, 3.
(2) Vedi sopra n. 154.
(3) Vedi Ricci, V, n. 73.

duce uno stato di comunione (1). La differenza loro caratteristica è questa: che la comunione semplice, o incidente che dir si voglia, non è preparata da un previo trattato, e non è accompagnata dall'*affectio societatis*, laddove e trattato, ed *affectio* concorrono nella società. La differenza è chiaramente scolpita nel nostro Codice. Di vero, mentre la comunione è scritta nel libro 2° tra le modificazioni della proprietà, la società è scritta nel libro 3° fra i contratti.

Il contratto di società può avere per oggetto beni immobili, come fondi o case, od anche l'usufrutto sopra simili cose; ed è incontroverso che in questo caso esso assume carattere di atto attributivo o del dominio o dell'usufrutto (2). Sorge quindi naturale la domanda, se il contratto di società serva di giusto titolo per la usucapione. Il Troplong, il quale ha distesamente esaminato la questione, insegna doversi distinguere il tempo in cui la società esiste, da quello in cui la società si discioglie. Quanto al primo periodo, egli recisamente nega che la società possa costituire un titolo di usucapione, imperocchè o il socio, che ha conferito l'immobile non suo, lo possedeva con titolo ed in buona fede, e la società continuerà l'usucapione già avviata che il socio ad essa apporta unitamente alla cosa; od all'opposto il socio era di mala fede, ed il vizio inquina anche il possesso sociale. In nessun caso adunque il contratto di società darà vita ad un nuovo titolo capace di generare un possesso *ad usucapionem*, e di purificare il possesso antecedente dai vizi, che lo macchiavano presso il socio che ebbe a conferire la cosa di altrui spettanza (3).

La teorica del Troplong venne acerbamente ripresa dal Tartufari (4). Egli ha osservato che il contratto di società esercita una influenza diversa, secondochè l'Ente, che da esso viene ad assorgere, ha qualità di persona giuridica o non l'ha. Ove essa abbia qualità siffatta, è all'evidenza erroneo che la mala fede di un solo dei soci contamini tutta la Società. Ciò ripugna ad ogni principio di giure e di equità, perchè la Società è in questo caso un Ente distinto dalla persona dei soci; e perchè il socio conferente funge da alienante, e da acquirente per inverso l'Ente Sociale. Se all'opposto la Società non ha la civile personalità, non importerà che una mera comunione, ed un condominio di tutti i soci, le cui parti

---

(1) Fr. 32, D. *pro socio*, 17, 2: " Nam cum, tractatu habito, societas coita est, pro socio actio est; quum sine tractatu, in re ipsa et negotio communiter gestum videtur ". *Idem*, Fr. 31, *eod.*

(2) *Idem*, Duranton, Op. cit., n. 372 e Luzzati, *Trascrizione*, n. 97 e segg.

(3) Troplong, *Prescr.*, n. 884.

(4) Op. cit., nn. 894-897.

già idealmente distinte, saranno poi determinate nella loro materialità mercè la divisione dell'asse sociale. La buona fede gioverà ai condomini per usucapire le loro quote ideali durante la comunione e quelle reali di poi; e di essi soltanto quelli, che sono in mala fede, nulla potranno acquistare mediante l'usucapione decennale.

Da questo riassunto dei ragionamenti del Troplong e del Tartufari apparisce che tanto l'uno quanto l'altro per risolvere il punto controverso hanno rivolto la loro attenzione specialmente all'esistenza della buona fede. Questo metodo è erroneo; perchè i due requisiti del titolo e della buona fede non si debbono mescolare, ciascuno di essi avendo una particolare funzione ed essendo governato con norme sue proprie. Restringendo il discorso al titolo, di cui qui esclusivamente si tratta, parmi che la distinzione proposta dal Tartufari tra Società avente qualità di persona giuridica e Società priva di tal qualità debba essere approvata (1). Il motivo di distinguere sta in questo, che il titolo occorrente all'usucapione esige il concorso di due persone, l'una che aliena e l'altra che acquista. Quando la Società costituisce una persona giuridica, e quindi un ente distinto dalle persone dei singoli soci, il conferimento di ciascuno di essi dà vita ad un titolo atto a servire di base all'usucapione, perchè a formarlo sono concorsi un alienante ed un acquirente, l'un dall'altro separati ed indipendenti. Quando invece la società non costituisce una persona giuridica, havvi soltanto una comunione, un puro e semplice condominio, il quale non muta il titolo precedente nè origina un nuovo possesso *ad usucapionem*.

272[bis]. — I rapporti, che abbiamo delineato, si complicano nell'epoca dello scioglimento, e son fatti più gravi e più difficili dalla natura meramente dichiarativa, che la moderna dottrina assegna alla divisione. Il Troplong (2) propone di distinguere anzitutto secondo che la cosa di altrui spettanza sia toccata in sorte a colui stesso che l'aveva conferita, o ad un altro. Nella prima ipotesi la condizione del possesso sarà determinata dalle circostanze precedenti al contratto di società, non tenendosi conto alcuno del periodo sociale, di guisa che, se l'assegnatario possedeva con titolo e buona fede, si reputerà in forza del principio generale aver egli sempre continuato a possedere allo stesso titolo. La seconda ipotesi esige a sua volta una novella distinzione: o il socio assegnatario

(1) In senso confor. MIRABELLI, Op. cit., n. 242.
(2) *Prescr.*, n. 886.

era in mala fede, ed allora non potrà giovarsi che della trentennaria, od era in buona fede, ed allora gli si concederà il beneficio della decennale (1).

Questa dottrina, sebbene sia stata accettata da altri autorevoli scrittori, a me pare difforme dal vero. Non posso comprendere come la divisione possa avere per alcuni dei soci effetti diversi da quelli che ha per gli altri. Tutti debbono essere, e sono nella medesima condizione, per il che o si ammette che essa equivalga riguardo a tutti ad un atto di acquisto, e non resterà che d'indagare per ciascuno di essi la rispettiva fede; od al contrario, qualunque sia il socio assegnatario, è forza convenire che egli possederà la cosa allo stesso titolo che la possedeva il socio che l'ha conferita. Onde segue, che se questi la possedeva senza titolo od in mala fede, sarà per tutti impedita la decennale. Nè parmi sufficiente il riflesso messo innanzi dagli avversarii, che la divisione e la distribuzione dei beni, che ne consegue, tolgono ogni valore alla precedente comunione e la fanno ritenere come non esistita. Basti in contrario considerare esservi casi parecchi, in cui non è dato prescindere dal fatto della precedente comunione. Pongasi, ad esempio, che la società abbia rivestito la qualità di Persona Giuridica ed abbia posseduto per dieci anni col giusto titolo proveniente dal contratto e in buona fede. In questa ipotesi è manifesto che la società mediante il possesso esercitato per lo *statutum tempus* potè acquistare il dominio della cosa, che il conferimento del socio non le aveva attribuito, donde segue che qualunque dei soci, a cui sia per toccare nella divisione la cosa medesima, ne acquisterà *illico et immediate* il pieno ed assoluto dominio, quand'anche fosse quegli stesso che l'aveva conferita, e fosse pur stato in mala fede in quel tempo, ogni opportunità d'indagare la fede dell'acquirente essendo esclusa dal fatto dell'acquisto *a domino*, abile di per sè solo alla traslazione del diritto.

Il principio, che risponde al vero e risolve ogni dubbio ed ogni difficoltà, è quello della congiunzione dei possessi. Possesso anteriore alla società, possesso sociale, possesso posteriore formano tre periodi distinti che possono congiungersi secondo le norme generali dell'*accessio temporis*. Il socio assegnatario, checchè sia della natura della divisione, per quanto concerne il possesso è un successore *in rem singulam*. Occorre quindi indagare se può al suo unire il precedente possesso, tanto quello della società, quanto quello del socio che ebbe a conferire la cosa. Così il possesso sociale accompagnato dal titolo e dalla buona fede scende nel socio assegnatario, se egli

(1) TROPLONG, *Prescr.*, n. 886; LAURENT, XXXII, n. 401; DURANTON, n. 372.

pure è in buona fede, e in grado quindi di valersi del beneficio della congiunzione dei tempi; in caso contrario no.

L'applicazione del principio elimina la difficoltà, che pure era parsa così grave ai più illustri Giuristi francesi, intorno al momento in cui devesi reputare cominciata l'usucapione del socio assegnatario. Le opinioni erano discordi, avvisando alcuni che questo fosse il momento della divisione, ed altri per converso facendolo risalire fino al giorno della stipulazione della società (1). Per me la cosa è semplice e piana; e non ho punto bisogno di ricorrere a finzioni legali, a cui resiste la natura del possesso. Se il socio assegnatario si trova in condizioni di poter profittare della *accessio temporis*, si gioverà secondo le norme comuni anche del tempo, durante il quale la cosa venne posseduta dalla società; nel caso contrario non potrà valersi di un simile beneficio. Cade così l'argomento che era stato addotto contro il sistema di computare il tempo fin dall'inizio della società, che cioè in pendenza di questa il socio assegnatario non poteva avere la *justa opinio quaesiti dominii* per l'incertezza della persona, a cui sarebbe toccata quella cosa. Questa obbiezione, contro la quale il sistema del Troplong non aveva una risposta convincente, non può esercitare alcuna influenza su quello da me adottato, imperocchè l'*accessio temporis*, a cui io faccio capo, non richiede che il socio assegnatario in pendenza della società abbia avuto l'*opinio dominii*.

273. — Il Giure Romano aveva scritto la transazione tra i titoli abili all'usucapione: " Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis usucapere possunt „ (2). La natura schiettamente dichiarativa della transazione ha indotto la moderna dottrina a negare ad essa la qualità di giusto titolo. Di vero, ufficio della transazione è di dichiarare i diritti dubbi e controversi, non di creare nuovi titoli. Segue che il possesso esercitato o continuato in virtù di una transazione si appoggierà al titolo precedente, che venne riconosciuto (3).

Ma la transazione è titolo di usucapione ogni volta che in virtù di essa siasi data ad uno dei contendenti una cosa di altrui spettanza allo scopo di troncare una lite (4).

---

(1) Vedi Troplong, Laurent, Duranton, *ibidem*.

(2) L. 8, C. *pro empt.* 7, 26. *Idem*, Fr. 29, D. *de usurp.*, 41, 3.

(3) Conf. Cimbali, Op. cit., n. 33; A. Galfo Ruta, *La buona fede e le sue applicazioni nel Diritto Civile Italiano*, pag. 53.

(4) Confor. Voet, *ad Pand.*, ad T. *pro suo*, 41, 10, n. 2; Mirabelli, Op. cit., n. 241; Galfo Ruta, Op. cit., pag. 53.

274. — Affine alla transazione è la sentenza, come quella che proclama i diritti controversi. La Giurisprudenza Romana aveva considerato come giusto titolo quello *pro judicato;* ma poichè i testi relativi sono poco espliciti, si è disputato in quali casi fosse ammesso un titolo siffatto (1). Nella dottrina ora comunemente accolta (2) si nega che la sentenza possa costituire un giusto titolo. Anzi il Tartufari (3) si avanza fino a sostenere che fu male invocata l'autorità del Giure Romano, perchè a suo avviso il Fr. 11, D. *de poss.*, si riferisce al possesso, e non ha a che fare coll'usucapione, ed il Fr. 3, § 1, D. *de publiciana*, 6, 2, concerne l'azione publiciana in confronto di un possessore munito di un titolo meno efficace, ma non ha lo scopo di guarentire il possessore con titolo e buona fede contro la rivendicazione intentata dal legittimo proprietario. Riconosco giusta ed esatta l'osservazione dell'Esimio Autore nella parte che riguarda il Fr. 11, *de poss.*, ma non nell'altra, che concerne il Fr. 3, § 1, *de publiciana.* Di vero, poichè la *publiciana* si concedeva al solo possessore con titolo e buona fede ed in grado di usucapire, è troppo manifesto che quello, che era giusto titolo per la publiciana, era eziandio per l'usucapione (4). Nel diritto moderno la sentenza è un atto puramente dichiarativo. In contrario fu osservato che il giusto titolo, se non proviene direttamente dalla sentenza, deriva dal quasi-contratto giudiziale che la precede e ad essa dà la forza obbligatoria e la potenza generativa del titolo. L'argomento è uno specioso cavillo. L'accordo delle parti espresso o presunto (pel caso di contumacia) le assoggetta ad accettare ed eseguire il giudicato, ma non importa che questo possa creare nuovi diritti. Ben dice il Tartufari (5): " Il loro accordo non può mai formarsi sulla intenzione di togliere al vero proprietario i suoi

---

(1) Il Maynz, *Cours de Droit Romain*, § 113, nota 30, insegna doversi applicare il titolo *pro judicato* ogni volta che in forza di una sentenza abbiamo ricevuto la tradizione (*dominii transferendi causa*) di una cosa che prima non ci apparteneva. Ed aggiunge che tale conseguenza si verifica anche quando la restituzione sia stata ordinata da una sentenza pronunziata sopra una nostra domanda di rivendicazione. E ciò perchè l'atto, che serve di base all'usucapione, non è imprescindibile secondo la Romana Giurisprudenza che appartenga ai modi derivativi, bastando sia tale da prestare al possesso un *justum initium*, e al possessore la fiducia di aver la cosa come padrone.

(2) Troplong, *Prescr.*, n. 883; Laurent, XXXII, n. 404; Borsari, § 4428; Ricci, V, n. 236; Tartufari, Op. cit., n. 884 e segg.; Cimbali, Op. cit., n. 33.

(3) Op. cit., n. 889.

(4) Vedi Cujacius, *Recit. Solem.*, ad T. *de Publiciana*, Op. om., Tom. III, col. 262, Ed. Prat. *Contra* Windscheid, § 179, nota 7.

(5) Op. cit., n. 890.

diritti; nè ciò potrebbe essere mai consentito dalla legge, riconosciuto dai Tribunali „.

Ma se stimo poco serio l'argomento ricavato dal quasi-contratto giudiziale per assegnare al giudicato la qualità di giusto titolo, non ritengo neppur molto persuasiva la ragione addotta in contrario, che la sentenza è puramente dichiarativa, per negargliela. Ciò nasconde un equivoco. La sentenza è dichiarativa, quando accerta il diritto di chi ne è veramente il titolare. Ma quando al contrario, come impongono i termini della ipotesi, proclama il diritto di chi non è proprietario, essa in realtà attribuisce la qualità di proprietario a chi prima non l'aveva. Se il vero *dominus* fosse stato presente e contraddicente in giudizio, la pronunzia del giudice dovrebbe essere rispettata anche da lui per la consueta virtù della cosa giudicata, e il diritto, che ne deriverebbe, sarebbe protetto da questa senza bisogno di usucapione (1). Ma nel nostro supposto la controversia si è dibattuta tra persone, nessuna delle quali era il proprietario; e la sentenza compie quindi quella stessa funzione, che vedemmo affidata agli altri giusti titoli. Di vero, la vendita, la permuta, la donazione, che forniscono i giusti titoli, in realtà non sono attributivi del dominio e degli altri diritti reali, perchè, a fior di evidenza, nessuno può alienare ciò che non è suo.

Pur non approvando gli argomenti con cui fu difesa, accetto tuttavia l'opinione che rifiuta alla sentenza la qualità di giusto titolo. A parer mio questi sono i motivi veri. Perchè esista il giusto titolo, occorre il concorso di due volontà, l'una diretta ad alienare, l'altra diretta ad acquistare e convinta di legittimamente acquistare. Ora la sentenza, ben lungi dal posare sul consenso delle due parti, suppone invece il contrasto di due volontà, ciascuna delle quali pretende di avere un diritto esclusivo sulla cosa controversa. La sentenza, che dirime questo conflitto, od accoglie la domanda del rivendicante o la respinge. Se la rigetta, il convenuto è lasciato nel possesso, e le cose restano in quello stato, in cui si trovavano all'epoca della domanda giudiziale. Se la accoglie, dirà con ciò che il rivendicante ha fornito la prova di un diritto prevalente su quello del possessore e che egli ha diritto di possedere e godere la cosa con quel titolo, che aveva all'inizio della lite. Pongasi, ad esempio, che Tizio abbia comprato *a non domino* un fondo, e Cajo sprovvisto di qualunque titolo lo abbia occupato. Si promuove un giudizio rivendicatorio, nel quale il Giudice riconosce valevole il titolo prodotto da Tizio, ed obbliga il convenuto a restituirgli il fondo. È manifesto che in questa ipotesi la sentenza non ha

(1) Tartufari, *ibidem*, n. 885.

immutato il titolo preesistente, il quale continua ad essere *pro emptore* e non *pro judicato*.

274[bis]. — Sonvi tuttavia alcune ipotesi in cui la sentenza costituisce un giusto titolo. Tale carattere vuolsi riconoscere alle sentenze di deliberamento pronunziate nei giudizii di spropriazione e di purgazione. Ma in questo caso non havvi un'eccezione, perchè cotali sentenze, meglio che pronunzie di Giudice, sono vendite pubbliche compiute per maggior guarentigia sotto l'occhio e sotto l'autorità del Tribunale. Laonde procede senza contrasti l'antico dettato: " qui, auctore judice, comparaverit, bonae fidei possessor est „ (1).

L'eccezione si presenta invece in quest'altra ipotesi. L'art. 1932 del Cod. civ., dopo di aver designato i varii atti soggetti all'obbligo della trascrizione, al suo n. 8, annovera tra essi anche la sentenza, la quale dichiari l'esistenza di una convenzione verbale della natura di quelle enunciate nei numeri precedenti. Ora in questi numeri troviamo mentovati gli atti tra vivi sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso, che trasferiscono proprietà di immobili o di altri beni e diritti capaci di ipoteca, o costituiscono servitù prediali, diritti di uso e di abitazione (articoli 1932, nn. 1 e 2). Sono insomma gli atti capaci di prestare un giusto titolo all'usucapione. Non intendo neppur lievemente toccare l'ardua questione, a cui ha dato luogo l'antinomia tra il n. 8, dell'art. 1932, e l'art. 1314 Cod. civ. (2). A me basta di rilevare, che in forza di un letterale disposto del nostro Codice può presentarsi il caso di una sentenza, che dichiari essere stata validamente conchiusa una convenzione verbale di cotal fatta. In questo caso il titolo, non potendosi trovare nella convenzione precedente nulla per difetto di forma, sarà necessariamente fornito dalla sentenza.

275. — Si chiede se la divisione dei parenti *inter liberos* possa costituire un giusto titolo. L'art. 1044 Cod. civ. dà agli ascendenti il diritto di dividere e distribuire i loro beni tra i discendenti comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile. Il seguente art. 1045 stabilisce che la divisione può farsi per atto tra vivi o per testamento colle stesse formalità, condizioni e regole stabilite per le donazioni e per i testamenti. Il dubbio, a cui dà origine la divisione di beni tra i discendenti, proviene dalla natura puramente dichiarativa che la divisione riveste nel diritto attuale.

(1) Fr. 137, D. *de R. J.*, 50, 17.
(2) Conf. Mattirolo, IV, n. 246 e segg. (4ª ed.).

Ora se tra i beni distribuiti siavene alcuno di cui l'ascendente non aveva il dominio, potrà l'assegnatario acquistarlo mediante l'usucapione decennale? A me pare che si debba distinguere la distribuzione dei beni fatta per atto tra vivi da quella che si fa col testamento. La prima è certamente un atto di attribuzione di beni, come quella in cui la forma e la sostanza della donazione prevalgono su ogni altro intento: e pertanto se il donatario riceve in buona fede cosa non spettante all'ascendente, sarà in grado di usucapirla (1). La seconda invece, a mio avviso, si deve reputare una divisione ereditaria, e soggetta quindi alle norme comuni ad ogni sorta di divisione. Nè varrebbe opporre che in forza della distribuzione dei beni già preventivamente ordinata dall'ascendente debbansi considerare piuttosto come legatarii che come eredi i discendenti, i quali succedono *in re certa*, poichè la legge, parlando di divisione, suppone una precedente comunione, ed un atto che metta fine ad essa (2).

276. — Passate in rassegna le molteplici specie di atti che possono servire di base alla decennale, scendiamo ad investigare quali sono i requisiti che il titolo in generale deve avere.

La legge ha espressamente richiesto che esso sia valido nella sua forma. Per qual motivo è con tanto rigore voluta la validità di forma del titolo? Alla domanda si risponde comunemente che siccome il titolo per servire di fondamento all'usucapione deve essere tale, che avrebbe potuto attribuire il diritto, se l'alienante ne fosse stato il titolare, così per parità di ragione l'atto nullo per difetto di forma, il quale non avrebbe avuto tale attitudine, non può neppure aver quella di porre in essere la *occasio usucapiendi*. Si aggiunge che il titolo nullo per difetto di forma non esiste legalmente, e non risponde al precetto di legge, che volle un giusto titolo, come lasciò scritto il Pothier: " Justus titulus non est titulus invalidus „ (3). Non nego che questo riflesso sia balenato alla mente del legislatore, ma penso che non sia esso la ragione determinante del disposto. Pur concesso che il titolo debba essere abile a trasferire il diritto, è però da osservarsi che rispetto alla decennale cessa la causa, per cui il legislatore a guarentigia delle parti e dei terzi ha prescritto certe forme solenni. Non ci troviamo di fronte ad un proprietario che cede una sua cosa od

---

(1) *Idem*, Laurent, XV, n. 73 e n. 82.
(2) *Contra* Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 661.
(3) Troplong, *Prescr.*, n. 900; Borsari, Op. cit., § 4429.

un suo diritto per investirne il suo successore, poichè nella ipotesi l'alienante non cede una cosa di sua spettanza, non trasmette nell'acquirente alcun diritto, ed in realtà assume soltanto un obbligo personale di garantia pel caso di evizione. La ragione vera, per cui venne proscritto l'atto nullo per difetto di forma, è da cercarsi nella buona fede. Di vero un titolo, che emana da colui che non è proprietario, è una lustra menzognera, se non è accompagnato dalla convinzione dell'acquirente di avere acquistato il diritto. Ma questa convinzione è o si presume esclusa dall'inosservanza delle forme solenni senza le quali l'atto non esiste agli occhi della legge.

276[bis]. — La forma imperiosamente voluta dal nostro articolo è quella specifica, necessaria per l'esistenza di alcuni atti. Tale lo scritto per le convenzioni designate dall'art. 1314 Cod. civ. (1); tale l'atto pubblico per la donazione (art. 1056 Cod. civ.) e per la costituzione di dote (art. 1382). È d'uopo non confondere il difetto della forma specifica, senza la quale l'atto è radicalmente nullo, colla inosservanza delle molte formalità che la legge ha sancito a maggior guarentigia dei contraenti. Così la legge notarile per la formazione dei pubblici istrumenti, e il Codice per la formazione dei testamenti hanno prescritto alcune particolari formalità. Andrebbe lungi dal vero chi reputasse che l'atto, sebbene eretto nella forma specifica e solenne, sia inetto all'usucapione, ogni volta che siasi ommessa alcuna delle formalità secondarie. Pongasi che il notaio, invece di menzionare la dichiarazione della parte, dichiari egli stesso la causa per cui questa non sottoscrisse. L'atto è nullo, come più volte proclamò la Patria Giurisprudenza. Ma se fu eseguito, e l'acquirente ricevette la cosa e la possedette per il decennio, non credo che il proprietario rivendicante possa opporgli la nullità del titolo di acquisto. Riuscirebbe esorbitante dal testo e dallo spirito della legge quella dottrina, che ammettesse il proprietario a valersi della ommissione di queste formalità richieste non per l'esistenza, ma soltanto per la regolarità dell'atto.

Non possonsi consegnare in regole certe e prestabilite i criteri, coi quali distinguere le formalità, la cui ommissione vizia radicalmente l'atto e lo rende inetto a servire di base all'usucapione, dalle altre che non hanno tanta potenza. L'indagine, da farsi caso per caso, è rimessa al senno del Giudice.

---

(1) C. A. Milano, 1° febbraio 1900, *G. T.* 1900, 457, e sentenze ivi citate in nota.

277. — L'atto nullo per difetto di forma può talvolta essere convalidato dalla posteriore volontaria esecuzione, dalla conferma, e dalla ratifica (art. 1309 Cod. civ.). Perchè questa posteriore convalidazione sia possibile, è necessario che la nullità non sia tale da togliere all'atto l'esistenza legale (art. 1310 Cod. civ.). L'alienazione di un immobile, la costituzione di un diritto reale, stipulate verbalmente sono inesistenti. Pertanto il posteriore atto confermativo eretto colla osservanza delle forme legali è in realtà l'atto di alienazione; ed esso, e non il precedente, che non ha il menomo valore, costituirà il giusto titolo. Soltanto le donazioni ed i legati, benchè nulli per vizio di forma, sono suscettivi di posteriore conferma secondo il letterale disposto dell'articolo 1311 Cod. civ.: " La conferma, ratifica, o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa dal donante o testatore dopo la morte di lui, include la loro rinunzia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione ". Ora poniamo che taluno abbia donato o legato cosa non sua, e senza la osservanza delle forme prescritte dalla legge. Se i suoi eredi confermano la donazione od il legato, l'atto così convalidato serve indubbiamente da giusto titolo alla decennale, poichè, purificato in tal guisa dal vizio che lo travagliava, è dalla legge pareggiato per tutti gli effetti all'atto valido fin dall'inizio (1).

Contro questa dottrina vennero mosse alcune obbiezioni. Si disse che per espresso disposto dell'art. 1309 al. 2°, la conferma non pregiudica ai diritti dei terzi, fra cui trova luogo anche il proprietario (2). L'obbiezione posa sopra un'erronea intelligenza della parola *terzi*. Terzi, nell'art. 1309, sono tutti coloro che hanno acquistato qualche diritto sulla cosa contro l'alienante nel tempo corso fra la creazione dell'atto nullo e la posteriore conferma. Non puossi quindi considerare come terzo il legittimo proprietario, il cui diritto preesistente alla donazione, come non sarebbe stato offeso da un atto valido fin dal suo nascere, così non potè essere pregiudicato dalla posteriore conferma o ratifica (3). Altre obbiezioni ha sollevato il Tartufari (4). Dice egli che il diritto del proprietario non può essere offeso nè dall'atto di usurpazione del donante o testatore, nè dalla ratifica od esecuzione volontaria degli eredi ed aventi causa. Il che è giustissimo, ma non esclude, fin che non s'abolisca l'usucapione, che il diritto del proprietario sia paralizzato dall'usu-

---

(1) *Idem*, Laurent, XXXII, n. 392; Ricci, V, n. 238.
(2) Duranton, Op. cit., n. 379.
(3) *Idem*, Laurent e Ricci, l. c.
(4) Op. cit., n. 905.

capione che appoggiata alla donazione della cosa altrui si compie in un decennio. Dice ancora che il possessore per invocare la decennale deve esibire un giusto titolo, che nella specie gli manca. Facile è il rispondere che la donazione e il legato sanati dai loro vizii costituiscono appunto due giusti titoli. Infine obbietta che le formalità prescritte per le donazioni e pei testamenti toccano più o meno l'ordine pubblico ed economico della società; laonde è concesso a tutti di allegare le nullità derivanti dall'ommissione di quelle forme solenni. Senza impelagarmi nelle sottili distinzioni delle nullità di ordine pubblico e di ordine privato, mi basta di osservare, che anche concesso che le nullità suddette tocchino l'ordine pubblico, è la legge stessa che ha accordato la facoltà di sanarle.

277[bis]. — Più grave parmi l'altra questione: se l'usucapione si debba considerare come cominciata dal momento in cui venne stipulato l'atto nullo, oppure soltanto da quello della posteriore conferma. Insomma rispetto all'usucapione la conferma agirà *ex nunc* oppure *ex tunc*? Un'autorevole opinione affidata al principio della virtù retroattiva della conferma e della ratifica insegna, che la decennale deve intendersi cominciata dalla data dell'atto. A questa dottrina non posso aderire, perchè, come ho già altrove rilevato, il principio della retroattività non trova i termini abili nella materia dell'usucapione. Non tutte le regole sancite per le convenzioni conchiuse coi legittimi proprietari convengono indistintamente al possesso ed all'usucapione. Dal diritto già acquisito, e che è fine, al possesso con cui lo si acquista, e che è mezzo, non corre l'illazione. Il diritto, quando è legalmente stabilito, ha carattere d'irrevocabilità, tranne che le parti abbiano altrimenti pattuito; il possesso al contrario è uno stato di cose che può cessare in ogni momento, non già in forza di un'obbligazione che si sia assunto il possessore, ma in forza del diritto prevalente che spetta al proprietario. La contraria teorica ha dimenticato l'assioma, che la finzione non può operare nel caso finto più della verità nel caso vero. Adunque se l'atto nullo non acquista esistenza legale e qualità di giusto titolo che all'epoca della conferma, è impossibile supporre che abbia posseduto nel passato con giusto titolo, chi in realtà non aveva che un titolo nullo. Questo possessore si trova nella medesima condizione di colui, che, avendo posseduto per un certo spazio di tempo senza alcun titolo, se lo procuri di poi acquistando da tale, che egli crede, ma non è proprietario della cosa. In questo caso è evidente che la prescrizione acquisitiva decennale comincierebbe dalla data dell'acquisto, e non dal primordio del possesso. La stessa norma per parità di ragione vuol essere

applicata all'ipotesi di posteriore conferma di un titolo nullo. Una riprova della fallacia della dottrina, che si combatte, ci è porta dalle assurde conseguenze a cui essa giunge. Di fatto, se al momento, in cui l'atto viene convalidato, l'acquirente avesse già posseduto per oltre dieci anni, egli diventerebbe subito proprietario; ed il diritto del precedente proprietario sarebbe distrutto da un'usucapione decennale, che a dispetto del testo di legge non era stata accompagnata dal requisito del giusto titolo.

278. — Dei vizii intrinseci, da cui può essere affetto l'atto invocato come titolo, non ha fatto cenno l'art. 2137 Cod. civ., donde la questione della influenza loro sulla validità del titolo (1). Qualcuno (2) ha pensato che la questione sia assorbita da quella della buona fede; ma ciò è erroneo; il titolo è un requisito indipendente dalla buona fede; ciascuno dev'essere valutato dal suo particolare punto di vista, perchè, ove il titolo non sia idoneo, la buona fede non varrà a supplirlo, e del pari il titolo per quanto idoneo non supplisce alla buona fede.

È opinione generalmente seguìta, sebbene poi nelle pratiche applicazioni dia luogo ad un'infinità di distinzioni per mancanza di un fondamento teorico preciso, che i vizii intrinseci rendano inetto il titolo a servir di fondamento all'usucapione. L'idea, su cui si fonda la teorica, è questa: essere assurdo che mentre la legge ha espressamente sanzionato l'incapacità del titolo non valido nella forma, si ritenga poi titolo abile quello infetto da un vizio molto più grave, poichè inquina la sostanza stessa dell'atto.

È un'idea che seduce, ma che non è completamente esatta.

Guardando ben addentro è facile vedere, come quelle due specie di vizi abbiano un ambito ben diverso per quel che concerne l'usucapione. L'art. 2137 Cod. civ. richiedendo un titolo, ha voluto che il possessore presentasse un *atto documentale* per comprovare la realtà dell'acquisto, e che questo atto fosse valido nella forma, perchè l'inosservanza delle formalità solenni toglierebbe ad esso la esistenza legale. Il rivendicante, al quale si oppone la decennale, ha diritto di accertarsi che il titolo esista ed abbia le condizioni che in suo confronto sono richieste dalla legge e dai principii: ma tutto quanto è accaduto tra i contraenti, i loro rapporti puramente personali non lo riguardano e non lo interessano.

(1) Più maturo esame della questione mi ha condotto a modificare alquanto le idee professate nella 1ª ed.

(2) Mirabelli, Op. cit., n. 245.

A ciò si aggiunga che i vizi di forma sono esteriori e quindi riconoscibili al primo intuito. I vizi intrinseci al contrario toccano la convenzione, della quale il titolo non è che il segno esterno ed autentico; e per tanto in tutti i casi, e sono la immensa maggioranza, in cui non si rivelano al di fuori e non si possono conoscere mediante un'indagine superficiale, si dovrebbe autorizzare il rivendicante ad investigare fatti e rapporti, che non lo concernono, per dimostrare che l'alienante avrebbe potuto intentare un'azione di nullità contro l'acquirente; autorizzarlo cioè a dare una prova estranea al titolo, estranea alla funzione che questo compie rispetto all'usucapione, esorbitante dai termini della contestazione della lite, contraria spesse volte alla volontà stessa della parte interessata, la quale desiderava non si scoperchiassero fatti ormai antichi e non si rendesse palese che la causa della convenzione era stata turpe o delittuosa.

279. — Le cose fin qui discorse, mentre valgono a mettere in luce l'irragionevolezza della teorica, per cui le nullità sostanziali in genere escludono la validità del titolo agli effetti dell'art. 2137 Cod. civ., prestano anche il criterio esatto e sicuro per risolvere la questione.

Per l'usucapione decennale è necessario un atto giuridico (testamento, contratto, sentenza), che astrattamente considerato abbia la potenza di far acquistare il diritto. Quest'atto deve costituire un titolo in confronto non delle persone, che lo hanno posto in essere, e fra le quali imperano le regole dalla legge dettate per quella categoria di atti, a cui esso appartiene, ma del titolare del diritto, che ad esso è del tutto estraneo. A fronte di costui l'atto giuridico non compie la funzione normale, che ad esso è propria come disposizione testamentaria, convenzionale, o giudiziaria, ma l'altra, tutto affatto particolare, di essere il titolo legittimante il possesso, l'elemento integrante della *opinio dominii*. Il titolare del diritto ben ha ragione d'indagare se l'atto ha sotto qualsiasi aspetto i requisiti occorrenti a compiere tale particolare funzione; ma a spingere più in là le sue indagini gli manca l'interesse e quindi l'azione. Donde segue, per quanto ha tratto alla quistione, che egli ha ragione di pretendere un titolo, che anche sotto l'aspetto della validità sostanziale si manifesti serio, non affetto da una di quelle nullità, che tolgono fin l'ombra della legale esistenza, ma niente di più.

Perchè il vizio intrinseco possa opporsi dal titolare del diritto, deve avere quei caratteri, che si trovano nel difetto di forma espressamente contemplato dalla legge. Il difetto di forma ha un primo carattere esteriore, quello di essere visibile. Tale deve essere anche

il vizio intrinseco. Se occorrono indagini intorno ai rapporti tra le parti, dei quali l'atto non porti traccia, la nullità, come si è poco sopra rilevato, non può invocarsi dal titolare del diritto. Il difetto di forma poi rende radicalmente nullo l'atto; produce una nullità che s'identifica colla inesistenza. La stessa efficacia deve ritrovarsi nel vizio intrinseco, se deve pareggiarsi al difetto di forma.

Ricercando con queste norme direttive quali siano i vizi intrinseci dotati della potenza di escludere il giusto titolo, a me pare che essi si trovino in questi due casi: quando l'autore di chi invoca l'atto come produttivo del titolo, era naturalmente incapace di porlo in essere; ad es., l'alienante era un infante o un demente; o quando l'atto rivela di per sè stesso che il suo contenuto è costituito da una convenzione proibita dalla legge, ciò che si verificherebbe nelle ipotesi di una compera stipulata in contravvenzione agli articoli 1457 e 1458 Cod. civ. (1), o di un patto commissorio (art. 1884 e 1894 Cod. civ.), o di una contrattazione avente per oggetto i diritti di successione di una persona vivente, ancorchè essa vi acconsenta (art. 1118 e 1451 Cod. civ.).

280. — Da questo modo di risolvere la questione si discosta la teorica comunemente seguìta, la quale ammette in più larga misura la influenza dei vizi intrinseci. È pregio dell'opera brevemente esaminarla.

Già agli antichi interpreti era sembrata esorbitante la dottrina, che qualsiasi vizio privasse il titolo di uno dei suoi precipui e più salutari effetti. Bartolo aveva proposto che le nullità si distinguessero in assolute e relative, secondochè derivassero dalla violazione dell'ordine pubblico o di un preciso disposto di legge proibitiva, o concernessero invece il solo interesse privato.

La distinzione determinata dalla necessità di rendere stabili i dominii e di non fare una lettera morta della *longi temporis praescriptio*, non era troppo logica, perchè, concessa al titolare del diritto la potestà d'investigare i rapporti intervenuti fra le persone, che avevano posto in essere l'atto contenuto nel titolo, e la sostanza di questo, non v'era ragione di limitare quella potestà ad una categoria sola di nullità. Il bisogno pratico impose silenzio ad ogni obbiezione e fece accettare la distinzione, che divenne una *communis opinio* (2).

---

(1) C. C. Napoli, 9 ottobre 1867, G. T. 1868, 332.

(2) Ricci, V, n. 239; Cimbali, Op. cit., n. 94; Galfo Ruta, Op. cit., pag. 51; Troplong, *Prescr.*, 906; Laurent, n. 396; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 668. Il Tartufari, Op. cit., n. 927 e segg., vuole che si distinguano i vizi

281. — Addentrandoci nello studio più particolareggiato delle nullità assolute che rendono invalido il titolo secondo la *communis opinio*, hanno anzitutto tale carattere, ed anzi in grado eminente, quelle nullità, che anche secondo le idee da me professate possono opporsi dal titolare del diritto, che formò oggetto dell'usucapione (1).

Inoltre vediamo annoverarsi tra esse quella derivante dalla immoralità della causa. A questo proposito occorrono alcune considerazioni. Il Diritto Romano aveva ritenuto la nullità esclusivamente nel caso in cui il solo ricevente versasse in turpitudine, e negato la ripetizione d'indebito a colui che aveva pagato, se era egli pure intinto della stessa pece. La distinzione non è più scritta nel Codice, ma è ancora ricevuta dalla dottrina e dalla Giurisprudenza (2). Pongasi che taluno, sedotta una giovine ed avutala per parecchio tempo alle sue voglie, l'abbia poi rimunerata con una ragguardevole somma. La causa della donazione è illecita, perchè ha la sua radice nello sfogo di una riprovevole libidine, e più spesso ancora nelle interessate lusinghe della donna. Pure la C. C. Roma nella sentenza citata in nota si mosse a negare la ripetizione della somma pagata, appunto perchè ravvisò la turpitudine anche dal lato di colui che l'aveva pagata. E seguendo questa massima, se invece di una somma di danaro fosse stato dato e ricevuto in buona fede un immobile, scoperto di poi che questo era di altrui spettanza, la immoralità della causa non potrebbe impedire l'usucapione (3).

L'obbligazione dipendente da un debito di giuoco o di scommessa non ha azione (art. 1802 Cod. civ.); tuttavia non potendosi ripetere ciò che fu volontariamente pagato, devesi ritenere che la dazione *in solutum* di un fondo alieno a soddisfacimento di un de-

---

sostanziali secondochè derivano dalla qualità della cosa o dalla natura della causa, o dal difetto di consenso. Senza fermarmi a discutere la dottrina del Tartufari, mi limito a due osservazioni: 1ª che la qualità della cosa non ha alcuna attinenza col titolo, perchè quando la cosa è inusucapibile, l'usucapione cessa non per l'inidoneità del titolo, ma pel difetto di *res habilis;* 2ª che le altre due categorie di vizi sono precisamente quelle prese in considerazione dalla teorica comune.

(1) Sopra, n. 279.

(2) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. V, n. 134 e segg. C. C. Roma, 21 marzo 1887, *Legge*, 1887, 2, 38.

(3) *Contra* Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 668. In contraria sentenza pare sia andato anche il Tartufari, Op. cit., n. 901, per quanto si può arguire da queste sue parole: " Similmente vuolsi intendere proibito il titolo, che consista in una donazione o dazione in pagamento per causa turpe, immorale, criminosa ".

bito di giuoco o di scommessa costituisce un giusto titolo per la decennale (1).

Ai vizi sostanziali è pure da ascriversi il difetto delle formalità prescritte dalla legge nell'interesse delle persone incapaci ed affidate all'altrui amministrazione, perchè, come giustamente rilevò il Ricci (2), " l'inosservanza delle disposizioni dettate dalla legge in proposito non rende nullo l'atto per vizio di forma, essendochè i vizi di forma consistono nella inosservanza di quelle formalità dalla legge stabilite in riguardo di un atto determinato in sè considerato ". Le ipotesi, a cui dà origine l'inosservanza delle formalità, sono parecchie: 1ª il tutore vende come sua la cosa appartenente al pupillo od all'interdetto. In questo caso l'acquirente, ove sia in buona fede, potrà usucapire in dieci anni; 2ª il tutore vende la cosa del pupillo senza osservare le suddette formalità. La vendita è nulla; ma la nullità, essendo relativa e deducibile nel solo interesse del pupillo, non rende ingiusto il titolo (3); 3ª il pupillo vende da sè e senza l'autorizzazione del tutore. Se il pupillo non era ancora giunto all'età da avere coscienza dell'atto che compieva, il titolo è inidoneo, come fu dimostrato sopra nº 279. Anche fuori di questa ipotesi, non avendo il pupillo alcuna potestà nè capacità di agire, la *ratio juris* vorrebbe che l'atto da lui compiuto si considerasse come radicalmente nullo. Ma il disposto dell'articolo 1303 Cod. civ. ha derogato al principio di ragione, pareggiando l'atto compiuto dal minore senza l'autorizzazione del tutore a quello compiuto dal tutore senza l'osservanza delle formalità legali, e quindi anche in questo caso la nullità è semplicemente relativa, e non toglie che il contratto conchiuso col minore costituisca un giusto titolo (4).

282. — Qualunque dottrina si segua circa la questione delle nullità intrinseche, è certo che alla validità del titolo non osta la obbligazione di restituire la cosa, la quale incomba al possessore, ogni qual volta non dipenda dal titolo stesso di acquisto. Questa massima trova i suoi termini, allora che l'acquisto da noi fatto in nostro nome e vantaggio costituisce la violazione di un'obbliga-

---

(1) *Idem*, Tartufari, Op. cit., n. 901.

(2) Op. cit., V, n. 239.

(3) Troplong, *Prescr.*, n. 902; Laurent, XXXII, n. 394; Ricci, V, n. 239; Tartufari, Op. cit., n. 906.

(4) Troplong, n. 902; Tartufari, Op. cit., n. 907, i quali dicono che in questo caso l'atto compiuto dal minore non è assolutamente nullo, ma è fonte di un'obbligazione naturale.

zione che ci vincolava verso una persona diversa dal proprietario. Di fatto la validità del titolo deve valutarsi riguardo al proprietario, in cui danno esso fornisce uno degli elementi della più breve prescrizione, ed anche, in confini più o meno ampii secondochè si abbraccia o l'una o l'altra delle opinioni sovra illustrate, alla stregua dei rapporti corsi fra i contraenti. Ma qualsiasi altro rapporto, quand'anche abbia qualche nesso col fatto dell'acquisto, non può togliere al titolo la virtù di servire di fondamento alla decennale. Della verità di questa proposizione fa fede il Fr. 13, § 1, D., *de usurp.* 41, 3: " Si mandavero tibi ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capies, quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis ". La violazione del mandato e la conseguente azione, che competerà al mandante, non impediscono al mandatario di acquistare e di avere un giusto titolo. La differenza fra questo ed il caso, in cui il possessore è obbligato a restituire la cosa in forza del titolo pel quale la detiene, è manifesta, poichè nel secondo caso il titolo stesso è viziato ed impeditivo del legittimo possesso.

283. — Colle nullità sostanziali, di cui abbiamo tenuto discorso, ha molta affinità la simulazione da cui sia affetto il titolo.

Essa è di due sorta: assoluta e relativa.

La prima si verifica quando le parti non vogliono in alcuna guisa modificare lo stato attuale di cose, nel qual caso suolsi dire che il negozio giuridico *colorem habet, substantiam vero nullam.* L'atto infetto da simulazione assoluta è un titolo fittizio, inetto a far acquistare il diritto e a servir di base all'usucapione.

La seconda ha luogo quando il documento fa fede di un negozio che è diverso da quello cui le parti hanno inteso di fare. Si maschera, ad esempio, una donazione sotto la parvenza di una vendita. A primo aspetto sembrerebbe che manchi il titolo, perchè non si voleva la vendita che apparisce, ed è invece nascosta la donazione che si voleva. Meglio ponderata la cosa, si palesa più ragionevole la contraria opinione, poichè in realtà il titolo è la donazione, benchè siasi artatamente nascosta sotto la veste di una vendita (1). È testuale in proposito il Fr. ult., D. *pro donato*: " Donationis causa facta venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur ". Appena è d'uopo osservare che è neces-

(1) L. 3 e 9, C. *de contrah. empt.*, 4, 38; T. C. *plus valet quod agitur*, 4, 22. Voet, *ad Pand. de usurp.*, 41, 3, n. 5; Richeri, *Un. Juris.*, Lib. II, Tit. V, Cap. III, Sect. II, n. 107.

sario il concorso di quei requisiti, che la legge richiede per la esistenza del negozio giuridico veramente voluto dalle parti.

284. — Si chiede se sia un giusto titolo quello sottoposto ad una condizione. Sul quale proposito vuolsi distinguere la condizione risolutiva dalla sospensiva. Quella non impedisce l'usucapione, poichè il contratto intanto è perfetto, e si considera come puro, salvo a risolversi, se la condizione si verifichi (1). Il principio è espressamente sancito dall'art. 1521 del nostro Codice, il quale dispone che la prescrizione corre a favore del compratore con patto di riscatto contro il vero proprietario (2).

I rapporti complicati, che sorgono all'avvenimento della condizione, dànno luogo a qualche difficoltà. Il Ricci (3) discute questa elegante questione: Vendita fatta sotto condizione risolutiva ad un acquirente di buona fede, il quale possiede per oltre dieci anni, e respinge coll'eccezione dell'usucapione il proprietario rivendicante. Risolto poscia il contratto, e tornata la cosa in mano dell'alienante ecco di bel nuovo insorgere il proprietario a rivendicarla. *Quid juris?* Il Ricci distingue: o si tratta dell'usucapione decennale, e l'alienante non potrà invocarla perchè si suppone mancante di titolo e di buona fede; o si tratta della trentennaria, ed allora potrà unire il suo al possesso avuto dal suo avente causa per completarla. Nè gli pare che faccia ostacolo il già intervenuto giudicato come quello che rimane invalidato dall'evento risolutivo. Di questa questione ho già toccato trattando dell'accessione dei tempi, ed ho dimostrato, che nei casi eccezionali, in cui il possesso dell'avente causa giova all'autore, questi riprende la cosa nella condizione giuridica, in cui essa si trova in quel punto. Nella specie, poichè la pronunzia del Giudice col riconoscere compiuta la prescrizione acquisitiva riconobbe pure che l'acquirente era il solo proprietario della cosa, è conforme ai principii, che all'avverarsi della condizione la proprietà passi nell'autore a cui viene restituita la cosa.

285. — È principio da tutti accettato che, mentre pende la condizione sospensiva, l'atto giuridico non può fornire un giusto

---

(1) Ed era ciò che insegnava Ulpiano della compra-vendita, quando la *in diem addictio* era stipulata in forma di condizione risolutiva: " Pura erit emptio, quae sub conditione resolvitur " (Fr. 2, D. *de in diem addict.*, 18, 2).

(2) La potestà di usucapire in simili casi era stata espressamente accordata dal Diritto Romano: " Ubi igitur secundum quae distinximus, pura venditio est, Julianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, usucapere posse " (Fr. 2, § fin., D. *de in diem addict.*, 18, 2).

(3) Op. cit., V, n. 240.

titolo all'acquirente. " Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor usu non capit " (1).

D'ordinario in pendenza della condizione sospensiva la cosa è ritenuta dall'alienante; ma può tuttavia avvenire che essa sia stata subito consegnata all'acquirente. In questa ipotesi se la condizione manca, il contratto si reputa non mai esistito; se avviene, si reputa perfetto fin dall'inizio.

Si chiede se l'efficacia retroattiva della condizione compiuta si estenda all'usucapione, sì da computarsi in questa anche il possesso intermedio che per avventura abbia avuto l'acquirente. La grande maggioranza degli Scrittori (2) sta per la negativa, perchè solo al compiersi della condizione il possessore ha un titolo atto a trasferire il dominio: prima o non aveva titolo, od aveva un titolo precario per l'obbligo di restituire la cosa, se la condizione mancava. Il Duranton (3) difende la contraria sentenza, invocando la virtù retroattiva della condizione, la quale nel Diritto moderno deve a suo giudizio estendersi anche all'usucapione. Delle due opinioni preferisco la prima per le ragioni che esposi esaminando l'influenza della conferma su di un atto originariamente nullo (4).

286. — Il Tartufari (5) ha acutamente notato che l'indole stessa della prescrizione acquisitiva esige che il titolo sia costante e non variabile. Di guisa che non sarebbe possibile di usucapire, se si fosse cominciato a possedere *pro emptore*, e si fosse terminato possedendo *pro legato* o *pro donato*. E posto che il possessore abbia avuto due titoli l'uno all'altro successivo, opina egli, che solo dell'ultimo si abbia a tenere calcolo, e che anzi si debba intendere rinunciata l'usucapione già compiuta col primo titolo, se poscia si prese ad usucapire con uno novello (6).

---

(1) Fr. 2, § 2, D. *pro emptore*, 41, 4. *Idem*, Fr. 8, pr. Verb. *quod si pendente conditione res tradita*, D. *de per. et comm.*, 18, 6.

(2) Troplong, *Prescr.*, n. 910; Laurent, XXXII, n. 398; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 673; Borsari, Op. cit., nn. 4428; Ricci, V, n. 240.

(3) Op. cit., n. 376.

(4) Vedi sopra, n. 276.

(5) Op. cit., n. 940 e segg.

(6) A sostegno della sua opinione il Tartufari invoca due testi, l'uno di Pomponio e l'altro di Giuliano (Fr. 6, D. *pro emptore*, e Fr. 29, D. *de pign. act.*, 13, 7). Pomponio, trattando di colui che, avendo cominciato a possedere *pro emptore* o *pro herede*, ha poi chiesto in precario la cosa medesima, risponde che non può usucapire, perchè cessò *ex prima causa possidere*. Giuliano esamina questa specie: Un debitore, possessore di buona fede, aveva dato in pegno al suo creditore la cosa da lui posseduta, e l'aveva poscia ridomandata a titolo di precario. Essendo stato il creditore istituito erede dal vero proprietario, cessa il pegno e non

La massima insegnata dall'Esimio Scrittore è consona ai principii di ragione. All'acquisitiva decennale occorre un titolo; e questo deve perdurare sino all'ultimo istante quale è stato al primo. Indarno si obbietterebbe che la mala fede sopravvenuta non nuoce, sicchè, ove il possessore venga a conoscere che il suo autore non era il proprietario della cosa alienatagli, cessi necessariamente di possedere al titolo primordiale, e imprenda a possedere *pro suo*, che è il solo titolo possibile in circostanze siffatte. Di vero, titolo e buona fede sono requisiti convergenti, ma distinti l'uno dall'altro. All'epoca dell'acquisto l'usucapiente deve avere la convinzione che il titolo sia invulnerabile. Ma la posteriore mala fede, se produce una mutazione nell'animo del possessore, non la produce nel titolo, il quale rimane qual'era da principio, fino a che un altro reale non venga ad esso sostituito. La stabilità del titolo non importa che il possessore debba sempre esser convinto della legittimità dell'acquisto; significa soltanto che esso non può, durante una sola e medesima usucapione, sostituire a quello primordiale un altro, procedendo ad un secondo acquisto.

287. — La massima che il possesso amplia il titolo (1), se è perfettamente consona alla natura dell'usucapione trentennaria, non può invece applicarsi a quella decennale. Neppure la più giustificata opinione, che il titolo abbracci cose, che in realtà non comprende, potrebbe giustificare un'estensione oltre i limiti da esso segnati. E rettamente decideva la C. C. Napoli (2), che quando viene opposta la decennale, il primo dovere del giudice è d'indagare la identità dell'oggetto domandato con quello acquistato. Nell'applicare la regola, che l'estensione dell'acquisto è misurata dal titolo, vuolsi procedere con discrezione, per non farne uno strumento di tortura. Indiscreto ed incivile sarebbe, per esempio, il pretendere che l'atto di acquisto porti una minuta e specifica menzione di ogni piccola particella del fondo, od una fotografica descrizione di ogni secondaria qualità del diritto reale. Giova prestare anche qui ascolto ai saggi consigli lasciatici dagli antichi Prudenti: " Sed si fundus emptus sit, et ampliores fines possessi sunt, totum longo tempore

---

resta che il solo precario, di guisa che l'usucapione s'interrompe. Io non riesco ad afferrare la relazione di questi due testi colla questione. Il primo di essi ribadisce il noto principio, che chi detiene precariamente la cosa non può usucapirla; il secondo concerne l'interruzione derivante dal fatto che la cosa è posseduta dal suo proprietario (Vedi sopra n. 209).

(1) Vedi sopra, n. 186.

(2) 22 luglio 1884, *Legge*, 1884, 2, 810.

capi quoniam universitas ejus possideatur, non singulae partes „ (1). La massima insegnata da Paolo, non può essere accolta se non con quelle modificazioni che l'adattino alla rigorosa necessità di un titolo sia pel tutto, sia per le parti. Ma quando si tratti di un aggregato di più diritti sufficientemente designati nella loro università, o di un podere composto di più appezzamenti a sufficienza dinotati nel loro complesso, non vedo ragione di abbandonare la norma di civile moderazione insegnata dal Giureconsulto Romano (2).

288. — Il titolo dev'essere trascritto. Più addietro (3) ho dimostrato che la ragione vera, per cui la legge ha voluto la trascrizione, non istà in una maggior pubblicità che da essa possa essere prodotta. Nè è questa una disputa puramente teorica, perchè, se la trascrizione fosse ordinata a rendere notorio il possesso e dare una nuova guarentigia al proprietario, ragione e giustizia vorrebbero, che un titolo, per quanto giusto, se non sia soggetto all'obbligo della trascrizione, non possa servire di base alla decennale.

Secondo le disposizioni della legge imperante tutti gli atti tra vivi, che contengono alienazione di immobili o costituzione di diritti reali sopra immobili, debbono essere trascritti. Per tanto praticamente la questione si restringe al legato, che è il solo titolo esonerato dall'obbligo della trascrizione. La questione è stata distesamente studiata dal Tartufari (4); ed io, non potendolo seguire nel troppo ampio svolgimento, mi stringo a riassumere i concetti principali. Il dotto consigliere osserva che si presentano tre modi diversi di risolvere il problema: 1° negare al legato la qualità di titolo abile alla decennale, perchè di esso non fu ordinata e non è neppur ammessa la trascrizione (5); 2° trascrivere l'atto di tradizione che della cosa legata l'erede fa al legatario; 3° riconoscere senz'altro nel legato l'attitudine a servir di fondamento alla decennale. Di queste tre opinioni il Tartufari abbraccia la seconda. Egli osserva che il trascrivere l'atto di tradizione non può incontrare alcun ostacolo, perchè è un atto tra vivi inteso a trasmettere la proprietà; e che la trascrizione potrebbe richiamare la causa remota consistente nella disposizione testamentaria, soddisfacendosi così alle esigenze, per cui venne richiesta la trascrizione.

---

(1) Fr. 2, § 6, D. *pro emptore*, 41, 4.

(2) Vedi in questo senso sentenza della Cassaz. franc., citata dal Dalloz, *Prescr.*, n. 882.

(3) Sopra, n. 264*bis*.

(4) Op. cit., n. 915 e segg.

(5) In questo senso, Luzzati, *Trascrizione*, II, n. 435.

Non posso approvare l'opinione propugnata dal Tartufari. La consegna della cosa è un atto puramente materiale, è l'esecuzione della volontà del testatore; ma la proprietà passa *ipso jure* dal defunto al legatario per opera del legato. La legge non ha voluto nè ammesso la trascrizione di questa consegna; e la Dottrina ha sempre ripudiato il titolo *pro tradito*.

Non posso neppure approvare la prima delle tre opinioni sovra esposte, come quella che di un requisito estrinseco fa una condizione imprescindibile della decennale, e che ripugna al testo di legge, il quale parlando di titoli *debitamente trascritti* ad evidenza esige un tal requisito solo per quelli che debbono essere trascritti, ma non per gli altri che sono esonerati da tale formalità. L'ultima invece è sorretta dalla costante tradizione, e lungi dall'essere espressamente riprovata dalla legge vigente, trova nell'armonia dei suoi disposti un valido appoggio, laonde l'accetto senza esitazione, ed iscrivo il legato fra i giusti titoli (1).

289. — Quando il titolo è soggetto per legge all'obbligo della trascrizione, la decennale non procede se il possessore non ha soddisfatto a tale obbligo. Quindi chi ha acquistato il fondo dal vero proprietario, quand'anche non abbia fatto trascrivere il suo atto di acquisto, può rivendicarlo dal possessore con titolo non trascritto, quantunque questi abbia già posseduto per dieci anni. La ragione è questa: colui, che ha trattato col proprietario, ha acquistato la proprietà della cosa alienatagli, e la trascrizione gli giova solo a rendere efficace il suo acquisto contro i terzi; la trascrizione invece è un requisito necessario pel possessore che invoca l'usucapione più breve (2).

Ma d'altra parte la decennale può essere invocata dal possessore con titolo trascritto anche contro colui che acquistò dal proprietario e fece trascrivere il suo atto di acquisto (3). Nè deve eccettuarsi il caso in cui l'acquirente *a domino* abbia fatto trascrivere il suo titolo prima che il possessore il suo, poichè anche in questo caso è pur sempre decisivo il riflesso che l'acquirente *a do-*

(1) Mirabelli, Op. cit., n. 244, opina che il legatario per godere gli effetti della prescrizione decennale possa e debba far trascrivere la disposizione testamentaria. Le ragioni esposte nel testo contengono una risposta perentoria anche a questa opinione. Ma sarei curioso di sapere come sarà possibile la trascrizione di un testamento olografo di fronte al disposto degli art. 1935 e 1937, n. 3, Codice civile.

(2) Luzzati, op. cit., vol. II, n. 425.

(3) Luzzati, *ibidem*, n. 426.

mino è un legittimo proprietario, contro il quale procede secondo i comuni principii l'usucapione, sia trentennaria, sia decennale (1).

290. — Chiudo la indagine relativa al titolo con un'osservazione, che, quantunque generale, ho riservato a questo punto, perchè è quasi conseguenza di tutte le altre fin qui esposte. Il titolo, siccome si è veduto, dev'essere un atto scritto, poichè la scrittura è imposta *ad solemnitatem* per tutte le traslazioni e costituzioni di diritti reali immobiliari, spesso anzi deve essere una scrittura pubblica, e dev'essere trascritto. Nessun dubbio adunque che il titolo deve effettivamente esistere, e non può essere semplicemente opinato, non può cioè essere supplito dalla buona fede del possessore (2).

Fra i Romani Giureconsulti questo era stato un punto discusso e variamente deciso. Alcuni fra essi, predominati dall'idea che la cosa più importante è la coscienza del proprio diritto, erano meno rigorosi nel richiedere il titolo, quando per un errore scusabile si era contro verità ritenuta la sua esistenza. Questa maggior larghezza nel valutare gli effetti dell'errore probabilmente fu determinata dal pensiero che la buona fede dei padroni era spesso ingannata dai concerti fraudolenti degli schiavi, per mezzo dei quali agivano e trattavano. Le fonti ci fanno testimonianza di cotali dissidii, ma non ci dicono quale delle cozzanti opinioni abbia avuto la prevalenza (3). Questo solo sappiamo: che il titolo putativo era pur sempre un'eccezione ammessa allora solo che l'erronea opinione poggiasse su una base certa e di fatto.

Gli interpreti del Gius Comune accolsero il titolo putativo; ma, prendendo le mosse da un celebre responso di Nerazio (4), lo pareggiarono a quello reale nel solo caso che la falsa opinione fosse scusata da un errore invincibile ed in ispecie dall'ignoranza del fatto altrui. La massima contraria prevalse e giustamente nei Codici Moderni. Dal lato giuridico è facile ad intendere, che l'errore circa l'esistenza di un requisito, per quanto scusabile, non può

---

(1) C. C. Torino, 22 ottobre 1890, *Legge*, 1891, I, 123; C. C. Roma, 10 giugno 1896, *G. T.* 1896, 524; mia nota sulla *Legge*, 1891, I, 272.

(2) I Pratici distinguevano quattro specie di titoli: *a*) *il vero*, che emana dal proprietario capace di alienare; *b*) *il colorato*, che per qualche vizio insito nella cosa o nell'alienante non può attribuire il dominio; *c*) *l'apparente* o *putativo*, puramente opinato per errore da chi possiede; *d*) *il presunto*, che si presume dalla legge in forza del lungo possesso. Il titolo colorato è il più importante per l'usucapione. Vedi Richeri, *Un. Jurisp.* Lib. II, Tit. V, Cap. III, Sect. II, n. 99.

(3) Vedi sopra, n. 10.

(4) Fr. 5. D. *pro suo*, 41, 10.

essere un equipollente del requisito medesimo; da quello della equità è manifesto non essere tollerabile che l'errore del possessore nuoccia al proprietario; ed infine da quello pratico si sono troncate tutte le controversie che generavano l'insufficiente determinazione dell'errore scusabile e l'applicazione di norme arbitrarie e incerte (1).

SEZIONE II.

La buona fede.

Sommario: 291. *Transizione e brevi cenni storici.* — 292. *Concetto generale della buona fede sotto l'aspetto giuridico.* — 293. *Caratteri della buona fede nel Diritto Romano e nella legislazione patria; loro differenze. - Definizione della buona fede in materia di usucapione.* — 294. *La buona fede ha per sua essenza un errore. - Si dimostra che in materia di usucapione l'errore non ha bisogno di essere scusabile.* — 295. *Si combatte la dottrina che ammette come base della buona fede necessaria per la prescrizione acquisitiva decennale anche l'errore di diritto.* — 296. *Valutazione della buona fede del possessore rispetto al proprio titolo. - Si applica la distinzione tra titolo e convenzione.* — 297. *Vizi intrinseci del titolo. - Vizi che lo rendono inesistente ed escludono la buona fede. - Nullità relative, che al contrario non la escludono.* — 298. *In ispecie dell'acquisto fatto da persona legalmente incapace senza osservare le forme abilitative, e dell'acquisto infetto da dolo o da violenza compulsiva.* — 299. *La sanatoria del titolo infetto da una nullità relativa vale a costituire in buona fede il possessore, ma soltanto dal punto in cui si avvera.* — 300. *La fallace supposizione per parte del possessore di impedimenti all'acquisto non osta alla usucapione, eccetto che elimini la* opinio dominii *od altro elemento dell'usucapione.* — 301. *L'acquirente sotto condizione sospensiva non comincia ad usucapire se non dal momento in cui sa che la condizione si è verificata.* — 302. *Valutazione della buona fede del possessore rispetto al titolo del suo autore. - Si stabiliscono i termini della questione; e se ne desume che la conoscenza dei vizi del titolo dell'autore, ad eccezione di quelli, che lo rendono inesistente, non esclude la buona fede del possessore.* — 303. *La ipotesi dell'autore con titolo di proprietà, ma annullabile, è estranea all'usucapione, e va risolta non col criterio della buona fede, ma con quello della efficacia in confronto dei successori a titolo singolare della causa di risoluzione o di annullamento.* — 304. *Disamina e critica della contraria dottrina.* — 305. *Come si determini la buona fede negli acquisti fatti da persone giuridiche.* — 306. *Negli acquisti fatti per mezzo di rappresentante si attende alla fede dell'acquirente.* — 307. *Il nostro Codice, seguendo le orme del Diritto Romano, si accontenta della buona fede iniziale.* — 308. *Giuste censure, che*

(1) Confor. Cimbali, Op. cit., n. 35 e segg., dove la questione è ampiamente discussa; Galfo Ruta, pag. 54; C. C. Roma, 28 ottobre 1896 e 15 febbraio 1898; *Legge*, 1896, II, 796; 1898, I, 438.

291. — La decennale, oltre ad un titolo reale, vuole ancora che il possessore abbia la convinzione che il titolo è legittimo. Il concorso di questi due requisiti era già imposto dal Diritto Romano. Pare che la Publiciana avesse una duplice funzione, l'una relativa a colui, che aveva acquistato una *res mancipi* senza le forme solenni di alienazione; l'altra relativa a colui che acquistava in buona fede *a non domino.* Alle due funzioni rispondevano due diverse formule: " Si quis id, quod mancipatur, traditum ex justa causa a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo ". Così la prima; la seconda diceva: " Ei, qui bona fide emit, si rem traditam sibi, et nondum usucaptam petet, judicium dabo " (1). La seconda formula della Publiciana fornì all'usucapione, già diventata un mezzo di acquisto della proprietà, e poscia alla *longi temporis praescriptio* il criterio per scindere l'elemento della *justa causa* in due distinti requisiti: titolo e buona fede.

292. — Nei sistemi, che avevano preceduto le moderne legislazioni, titolo e buona fede formavano un requisito unico con decisa prevalenza dell'ultima sul primo, tanto da essere ammessa l'usucapione anche in mancanza del titolo. Ma nel sistema giuridico imperante titolo e buona fede sono due requisiti distinti, sebbene per necessità logica convergenti all'unico scopo di dar vita alla *justa opinio quaesiti dominii,* a quel coefficiente che la dottrina canonistica più rigida aveva appellato la *conscientia non remordens* del possessore.

La buona fede voluta dall'art. 2137 Cod. civ., nella sua genesi e nel suo contenuto organico è un concetto morale. Ciò indica la stessa parola: *bona fides,* buona fede. *Fides, fede,* vale a dire credenza radicata nella coscienza; sentimento dell'anima. Un sentimento, che ha in sè un certo carattere religioso ed ascetico; tanto che *fides* significa per eminenza professione di una fede religiosa.

Se non che passando dal campo della ordinaria significazione in quello giuridico, il concetto si trasforma. Mentre in quello indica una credenza determinata dalla verità (fedeli e infedeli), in questo serve invece ad esprimere un'opinione radicata su di un'imperfetta percezione del vero e a rappresentarci un'azione umana, che è ispirata dalla volontà di rettamente operare, e che riesce invece

(1) Vedi Fadda, *Lezioni di Diritto Romano.*

ad un risultato contrario all'ordinamento sociale. Questo fatto dell'uomo, sebbene nella sua genesi subbiettiva sia conforme ai precetti morali, effettivamente è tanto antigiuridico, quanto se il movente, che l'ha determinato, fosse stato di natura diametralmente opposta. Tuttavia in certi casi, che rappresentano pur sempre una deviazione dalla *ratio juris*, la buona fede, cioè un coefficiente del tutto subbiettivo, è ricevuto come un equipollente di elementi obbiettivi, che dovrebbero esistere ed invece mancano. È quanto già aveva avvertito il Romano Giureconsulto, quando affermava con una generalizzazione eccessiva: " Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est " (1).

Ma altra modificazione organica soffre il concetto nel suo passaggio nel campo giuridico. Esso conserva bensì la sua essenza, consistente nella sua attitudine a stabilire la rettitudine dell'azione, da cui debbono discendere certi effetti giuridici. Ma non è più la rettitudine assoluta, illimitata voluta dalla legge morale e dalla dottrina canonistica colla *conscientia non remordens;* ma una rettitudine limitata a quei rapporti, tra cui deve essere operativa l'azione, e consona al contenuto generico della legge civile.

Si è per ciò che ogni qual volta un istituto giuridico poggia sulla buona fede, per determinare esattamente questo coefficiente, bisognerà anzitutto indagare quali sono i rapporti, che costituiscono l'istituto medesimo e stabilire poi la misura della rettitudine, che a quei rapporti corrisponde. Questa operazione darà la buona fede necessaria per avere il risultato preveduto dalla disposizione di legge, che in quel dato caso ha ammesso per equipollente del coefficiente giuridico quello morale della buona fede.

293. — I riflessi fin qui svolti varranno per definire la buona fede voluta dall'art. 2137 Cod. civ. È una buona fede di carattere strettamente giuridico, perchè è uno dei requisiti di un istituto di diritto positivo, come è l'usucapione decennale, e perchè interviene a supplire entro quei limiti, che il *Jus Civile* ha segnato alla sua attività, ad un acquisto del diritto nei modi legali.

Giova immediatamente notare che la nozione della buona fede è mutata da quel che era in Diritto Romano. Per questo era giusto titolo anche un mezzo originario di acquisto, donde i titoli *pro suo, pro derelicto*; ed era per di più accordata all'elemento etico-subbiettivo su quello giuridico-obbiettivo quella prevalenza che si affermava coll'ultimo suo effetto della validità del titolo putativo.

---

(1) Fr. 136, D. *de R. I.*, 50, 17.

Alla concezione della buona fede, quale apparisce da queste disposizioni, si uniformano le definizioni proposte da insigni Giuristi (Savigny, Windscheid, Ruggieri, Fadda) che ne ripongono la essenza nella scusabilità dell'errore (1) e nella convinzione, che nell'appropriamento della cosa nessuna ingiustizia materiale viene commessa.

Ma nella imperante legislazione è mutata la base. Il titolo deve essere derivativo e traslativo, e deve sempre esistere come una realtà materiale, e non semplicemente come una realtà pensata. Quindi nè la sola scusabilità dell' errore, nè la sola convinzione generica di non far torto ad altri bastano a stabilire la buona fede; vuolsi qualche cosa di più e di diverso.

Ricorriamo adunque ai principii fondamentali, che il nostro Codice ha adottato in questa materia.

Essi ci dicono che due elementi concorrono nel concetto della buona fede: l'uno negativo, il non appartenere cioè all'autore quel diritto, che il possessore aveva creduto di acquistare; l'altro positivo, che è la credenza assoluta, scevra da ogni dubbio, da ogni incertezza, della legittimità dell'acquisto (2).

A primo intuito sembra far contrasto il disposto dell'art. 701 Cod. civ., dove la buona fede è spesa per l'ignoranza dei vizi, onde è infetto il titolo. Il Tartufari ha osservato che questo disposto, benchè concepito in modo negativo, comprende anche l' elemento positivo, poichè primo e principale fra i vizi, che si devono ignorare dal possessore, è la mancanza del diritto nell'autore. L'osservazione è giusta, ma non risponde all'obbietto. Più vero mi pare, che l'art. 701 ha considerato il possessore di buona fede, non tanto rispetto all'usucapione, quanto rispetto all'acquisto dei frutti, ed è logico e naturale che abbia dettato una definizione consona alla situazione giuridica, che doveva essere disciplinata.

Questi due elementi costitutivi della buona fede sono messi in piena luce dall'elegante definizione scritta dal Voet (3): " Bona fides est illaesa conscientia putantis rem suam esse, dum credit

---

(1) Su questo argomento ritornerò infra n. 294.

(2) La scuola aveva distinto due specie di buona fede: la *negativa* e la *positiva*. La prima era l'ignoranza dei vizi, che inquinano il titolo; la seconda la ferma convinzione di essere diventato proprietario. La distinzione è messa in rilievo da quest'esempio proposto dal Pothier, *Pandette*, ad T. *de usucapionibus*, n. 87: " Se un servo compra una cosa, *peculiari nomine*, basta che il padrone ignorasse che la cosa non apparteneva al venditore; se invece compra a nome del padrone, questi deve credere di aver acquistato il dominio ".

(3) *Ad Pand.*, 41, 3, n. 6. Il Richeri ne riproduce con poche e lievissime variazioni la sostanza. Per lui la buona fede è una: " animi affectio, qua quis

eum, a quo nactus est possessionem, fuisse dominum illius rei, et alienandi jure haud destitutum „ (1).

294. — La buona fede è essenzialmente uno stato d'ignoranza della verità. Sua base è adunque un errore. È necessario indagare quali caratteri debba avere l'errore, che forma il contenuto della buona fede necessaria per l'usucapione.

È opinione sostenuta dalla maggioranza degli scrittori che l'errore debba essere scusabile. Il Winscheid, § 178, così formola questa dottrina: " Quel che di più importante è da dire intorno alla buona fede è che essa non può sorgere in base ad un'opinione concepita alla leggera. Ciò si può pure esprimere così: l'errore, sul quale essa si fonda, deve essere un errore scusabile „.

Secondo tale dottrina non basta che il possessore abbia fermamente creduto, che al suo autore spettasse il diritto, che poi a lui venne trasferito; non basta che la ignoranza del vero stato delle cose sia reale e non affettata; ma vuolsi ancora che egli abbia usata ogni diligenza per conoscere la realtà e che in onta ai suoi sforzi non sia riuscito a conoscerla (2). La buona fede sarebbe il risultato negativo dell'attività intellettuale esercitata per conoscere il vero; e mancherebbe ogni qual volta tale risultato avesse potuto essere convertito di negativo in positivo mediante uno sforzo maggiore.

Questo modo di concepire la buona fede non può approvarsi di fronte alla legge civile. L'art. 2137 Cod. civ. parla di acquisto fatto in buona fede, ma di errori scusabili o non, assolutamente o relativamente invincibili non fa cenno alcuno. L'art. 701 Cod. civ. definendo il possessore di buona fede relativamente all'acquisto dei frutti dice che è tale chi possiede in forza di un titolo, *del quale ignorava i vizi*. La sola cosa voluta esplicitamente da queste disposizioni è l'ignoranza del possessore. Ora la ignoranza è uno stato negativo. Si ignora o non si ignora; ma non si può immaginare uno stato intermedio, che comprenda due elementi disparati: l'ignoranza del vero e la possibilità mediante una maggior diligenza di conoscerlo.

A prescindere dalla lettera degli articoli 2137 e 701 è sotto

---

putat rem comparavisse a vero ejusdem domino, vel saltem ab eo, qui dominii transferendi jus habeat: et consequenter judicat se quoque ejusdem rei dominum effectum fuisse „. *Un. Jurisp.*, lib. II, tit. V, cap. III, sect. I, n. 18.

(1) Nello stesso senso Duranton, Op. cit., n. 352; Troplong, *Prescr.*, n. 915; Laurent, XXXII, nn. 406 e 407; Borsari, Op. cit., § 4430.

(2) Tartufari, Op. cit., n. 1011.

altri aspetti inammessibile in questa materia la teorica dell'errore scusabile. In primo luogo essa trova i suoi termini, quando deve compiere la funzione di risparmiare un danno od una punizione a chi senza sua colpa ha errato, ma non quando l'errore entra come coefficiente di una determinata condizione subbiettiva, necessaria per l'acquisto di un diritto.

I termini d'applicazione della buona fede sarebbero semplicemente invertiti con questo risultato che i meno esperti e i più fiduciosi, i quali cadono più facilmente in inganno, sarebbero esclusi dal beneficio dell'art. 2137, la qual conseguenza contrasta per certo allo spirito dell'articolo.

In secondo luogo l'applicazione della teoria finirebbe per rendere rarissima la buona fede, perchè ben pochi sarebbero i casi in cui non potesse dimostrarsi che un più accurato esame avrebbe messo a nudo la verità. E giova notare che la benchè menoma colpa, trattandosi di diligenza da doversi valutare in confronto non dell'alienante, ma del proprietario, e soggetta quindi alla rigorosa misura della legge Aquilia: *in lege aquilia et levissima culpa venit* (1), escluderebbe la buona fede.

In ultimo luogo la teorica della scusabilità dell'errore è incompatibile colla presunzione sancita dall'art. 702 Cod. civ., laddove se l'errore supposto dalla buona fede dovesse essere scusabile, è evidente che il possessore dovrebbe provare l'errore, di cui fu vittima, e le diligenze usate per evitarlo (2).

295. — È altra questione, vivamente dibattuta, se l'errore, sul quale si fonda la buona fede, possa essere di diritto. In generale la questione viene risolta col criterio della scusabilità. Si dice che di regola per la presunzione di conoscenza della legge l'errore di diritto non iscusa, e che in questo senso si devono intendere le fonti, quando ne escludono l'efficacia: " Nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest (3). — Juris error nulli prodest (4). — Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat " (5). Ma che quella presunzione, quando la legge ignorata attiene alle ragioni e agli interessi meramente privati, non è così assoluta ed inflessibile, da non cedere

---

(1) Fr. 44, D. *ad Leg. Aquil.*, 9, 2.

(2) In senso conforme al testo, vedi C. C. Roma, 28 dicembre 1894, *Legge*, 1895, 1, 185.

(3) Fr. 31, D. *de usurp.*, 41, 3.

(4) Fr. 2, § 15, D. *pro empt.*, 41, 4.

(5) Fr. 4, D. *de j. et f. ignor.*, 22, 6.

alla prova del contrario, e da non tollerare qualche temperamento a favore di chi abbia errato e per le sue particolari condizioni soggettive apparisca degno di scusa. Si aggiunge che la regola, per cui la buona fede si presume, non si estende all'errore dí diritto, spettando a chi lo allega di vincere la contraria presunzione di conoscenza della legge.

Per me che professo la opinione, che la teorica dell' errore scusabile è estranea alla materia della buona fede, la questione non può essere impostata su questo terreno.

Anzitutto conviene ricercare in quali ipotesi può aver luogo l'errore di diritto. La buona fede del possessore, come meglio si dirà in appresso, deve essere valutata o rispetto al suo titolo o rispetto a quello del suo autore. Ora tanto pel primo quanto pel secondo è facile vedere che le ipotesi sono quelle di un acquisto compiuto dal possessore o dal suo autore:

a) senza l'osservanza delle forme specifiche e solenni dell'atto;

b) in contravvenzione ad una disposizione proibitiva della legge, ad esempio quella dell'art. 1458 Cod. civ.;

c) contraendo con persona che non aveva i poteri a ciò sufficienti, per esempio, un mandatario *ad negotia*, non autorizzato espressamente ad alienare (art. 1741 Cod. civ.);

d) senza adempimento delle forme abilitanti dalle leggi prescritte per le persone incapaci o solo parzialmente capaci.

Esaminiamo l' influenza dell'errore di diritto in ciascuna di queste ipotesi, e partitamente rispetto al titolo proprio di colui che invoca l'usucapione e rispetto a quello del suo autore.

Cominciamo dal primo. La questione per quanto ha tratto alla ipotesi sub *a* è risolta in senso negativo dall' art. 2137 Cod. civ., secondo il quale l' inosservanza delle forme specifiche e solenni rende impossibile l'usucapione decennale. Lo stesso in conformità delle considerazioni esposte al N. 279 deve dirsi della ipotesi contemplata alla lettera *b*. In queste due ipotesi nessuna influenza può esercitare l'errore, in cui abbia versato l'attuale possessore; ed è quindi ozioso l'andare indagando se l'errore debba essere di fatto o di diritto. La ipotesi indicata alla lettera *c* ci mette innanzi un caso di titolo putativo, poichè chi contratta con tale, che egli reputa mandatario dell'alienante mentre non lo è, non pone in essere un titolo reale, effettivo; anch'essa per tanto sfugge al problema in disamina. Resta l'ultima descritta alla lettera *d;* ed in essa trova veramente i suoi termini il problema; ma si presenta subito la questione pregiudiziale, consistente nel vedere se la buona fede opponibile al terzo rivendicante sia o no esclusa da una nullità puramente relativa della convenzione interceduta tra il possessore

ed il suo autore. Nel solo caso, che si ritenga l'affermativa, vi sarà l'opportunità di ricercare se il possessore attuale possa invocare l'errore di diritto.

Passiamo ora al titolo dell'autore. A riguardo di esso nel sistema da me costantemente adottato ricorre un'osservazione che rende impossibile la questione. L'usucapione decennale suppone di fatto che l'autore del possessore attuale non fosse il titolare del diritto. Se ha un titolo, sebbene annullabile, la cosa muta, perchè egli in tanto può disporre del diritto e legittimamente trasferirlo ad altri. La questione si ridurrà a vedere se l'avente causa abbia o non acquistato un diritto irrevocabile; ma ciò dipenderà esclusivamente dalla natura e dalla efficacia della causa risolutiva, sulla cui azione nessuna influenza può esercitare la buona o mala fede dell'avente causa (1).

Da queste considerazioni emerge come assai raro possa essere il caso di dover discutere se l'*error juris* presti una base alla buona fede, e come effettivamente il problema abbia assai meno importanza di quanto apparisce a prima vista.

Tuttavia siccome l'opinione più comunemente seguìta circa le varie ipotesi sovra enunziate è diversa da quella, che io professo, ed offre una molto maggior quantità di applicazioni, così conviene vedere se sia fondata la dottrina, che accorda all'errore di diritto la stessa efficacia che a quello di fatto. Due argomenti principali si portano in campo: il primo che i Codici moderni mettono sulla stessa linea l'errore di diritto e quello di fatto; il secondo che in ispecie le disposizioni di legge concernenti il possesso e la prescrizione parlano in termini generici di buona fede. Ma è troppo evidente che le statuizioni di legge, che disciplinano la materia contrattuale, non si possono nè sempre nè tutte estendere a quella tanto differente del possesso e dell'usucapione; e che la legge col parlare genericamente di buona fede senza maggiori aggiunte e specificazioni pare aver dato segno di aver voluto serbare fedeltà alla dottrina tradizionale piuttosto che del contrario. Ma verità per di più è, che se l'art. 2137 Cod. civ. parla puramente di buona fede, l'art. 701 con sufficiente precisione stabilisce che la buona fede deve consistere in un errore di fatto, dacchè per possessore di buona fede definisce colui soltanto, che ignora i vizi del suo titolo. Occorre adunque la ignoranza dei vizi; quindi chi non li ignora, ma soltanto s'inganna sui loro effetti giuridici non può aspirare alla qualificazione di possessore di buona fede.

E così deve essere. Gli umani consorzi riposano sopra certi ca-

(1) Vedi infra, n. 302.

noni che non possono essere sovvertiti senza che tutta la compagine sociale ne risenta una grave scossa. Uno di tali canoni è quello del rispetto alla legge, che a sua volta si erige sulla presunzione che essa sia da tutti conosciuta. Certo questa presunzione non risponde sempre al vero; ma la necessità sociale fa sì che si reputi esistente sempre quella conoscenza, quand'anche in molti casi non esista. Del resto la legge è portata a notizia di tutto il pubblico; tanto peggio per chi venendo meno ad un suo dovere non si cura di conoscerla. Di qui segue che la regola: *ignorantia juris neminem excusat*, ha nella necessità sociale un fondamento che nessun ragionamento dialettico può scuotere. La regola, come avviene di qualsiasi norma giuridica, non è assoluta ed inflessibile: ma i temperamenti, che essa ammette, sono destinati a ristabilire l'ordine sociale economico rimasto turbato per cagione dell'errore di diritto. In altri termini si attribuisce all'errore di diritto la stessa efficacia che a quello di fatto, quando esso agisce allo scopo d'impedire la diminuzione di patrimonio, a cui sarebbe esposta la parte che si è ingannata, e l'arricchimento che dall'errore ritrarrebbe l'altra parte. Ma quando la perturbazione dell'ordine giuridico prodotta dall'errore consiste nell'arricchimento di chi ha violato, sia pure per ignoranza, la legge, i principii giuridici e morali vietano che all'errore si attribuisca la funzione di giustificarla e consolidarla.

Sotto questo aspetto riguardava il problema Papiniano, quando insegnava: " Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet „ (1). Ora quando come coefficiente dell'usucapione decennale si richiede la buona fede, per certo all'errore si assegna una funzione eccezionale, qual è quella di determinare l'arricchimento di colui che ha errato. Questa funzione, se per le ragioni altrove chiarite venne dalla tradizione giuridica concessa all'errore di fatto, non può del pari attribuirsi all'errore di diritto, essendo assolutamente assurdo che la regola, per la quale si presume la conoscenza della legge, debba venir meno, quando concorrono tutti gli elementi per la sua applicazione (2).

296. — Si è già accennato che la buona fede dell'attuale pos-

(1) Fr. 7, D. *de j. et f. ign.*, 22, 6.

(2) Confor. Chironi, *Foro it.*, 1888, I, 168; Tartufari, Op. cit., n. 1092 e 1093; C. A. Ancona, 2 agosto 1882, *Legge*, 1882, 2, 451; C. C. Roma, 25 aprile 1882, *Legge*, 1882, 2, 147; C. C. Torino, 23 aprile 1892, *G. T.*, 1892, 794. Contra Windscheid, § 178; Bianchi, Op. cit., 1, pag. 353 e segg.; Cimbali, Op. cit., pag. 234 e segg.; Galfo Ruta, Op. cit., pagg. 21 e 51; Laurent, XXXII, n. 413; Baudry-Lacantinerie et Tissier, n. 680.

sessore deve valutarsi tanto riguardo al suo titolo, quanto riguardo a quello del suo autore.

Per quanto ha tratto alla prima di queste indagini, occorre esaminare il problema sotto due aspetti, che sono quelli dei vizi, da cui possa essere infetto il titolo, e degli errori in cui versi il possessore intorno alla possibilità di usucapire.

Cominciando dai vizi del titolo, a primo intuito si direbbe accettabile la dottrina secondo la quale la buona fede è esclusa da qualunque vizio intrinseco, parendo che non si possa reputare in buona fede chi possiede in forza di un titolo, che egli sa essere soggetto ad una causa di annullamento o di rescissione.

Ma, guardando più addentro, si scorge che questa dottrina è troppo assoluta, e che mal si concilia coi principii che regolano la materia.

Anche per quanto ha tratto alla buona fede è mestieri applicare la distinzione fra il titolo e la convenzione (1). Fra il possessore e il suo autore esiste la convenzione; e nei loro rapporti apparisce ragionevole che la buona fede sia esclusa da qualunque vizio, da cui quegli sappia essere inquinato il negozio giuridico e poter derivare una causa di rescissione o di annullamento. Ma non è questa la buona fede voluta dall'usucapione, la quale deve operare non contro l'autore del possessore, ma contro il terzo proprietario. Di fronte a costui esiste il titolo, cioè l'atto che stabilisce l'acquisto fatto dal possessore. Ed è quest'acquisto che deve essere accompagnato dalla buona fede, come suona la stessa disposizione dell'art. 2137: " chi acquista in buona fede..... ". Dunque non una buona fede assoluta, ma relativa al titolo, consistente nella fiducia, che esso provenisse da un legittimo proprietario e che valesse a produrre il trasferimento del diritto dall'alienante all'acquirente. Nè regge quanto in contrario venne rilevato dal Tartufari (2), che quando il contratto è infetto da una nullità anche semplicemente relativa, il possessore ha la coscienza di non poter diventare proprietario, e quindi è in mala fede. La obbiezione non regge. Quando la nullità è puramente relativa, il possessore sa che, ove l'azione di annullamento non sia esercitata dall'altro contraente entro i termini dalla legge prefissi, il suo acquisto diventerà *tractu temporis* irrevocabile, così come se fosse stato perfetto fin *ab initio;* e d'altro lato la conoscenza di un vizio della convenzione interceduta col proprio autore non equivale a quella *conscientia rei alienae*, in cui essenzialmente consiste la mala fede del possessore.

(1) Sopra n. 278.
(2) Op. cit., n. 978.

297. — Scendendo ad indagare coi criterii generali testè stabiliti le varie specie di nullità, giova anzitutto rammentare che alcune di esse toccano gli elementi sostanziali del titolo e gli tolgono ogni efficacia sì da renderlo legalmente inesistente. Poichè in queste ipotesi viene a mancare il giusto titolo (1), è del tutto inutile andare ricercando se vi sia o no la buona fede.

Così pure quando la nullità, pur lasciando sussistere il contratto, è però assoluta e d'ordine pubblico, come sarebbero quelle derivanti dalla mancanza di un oggetto determinato ed idoneo, dalla causa illecita, dall'*error essentialis* (2), dalla violenza fisica (*vis absoluta*), può ammettersi che la buona fede venga meno.

Ogni qualvolta invece la nullità è puramente relativa (ad es. vizio del consenso), essa non costituisce di per sè un motivo per escludere *ipso jure* la buona fede.

298. — Qualche difficoltà si può incontrare nel caso di nullità relativa consistente nel fatto di aver comprato da persona legalmente incapace o solo parzialmente capace, senza l'adempimento delle formalità abilitanti. Il Diritto Romano aveva formalmente escluso la buona fede in questi e consimili casi: " qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere ut et Sabinus scripsit " (3). Questa massima, sebbene sia stata accolta dalla grande maggioranza degli interpreti del Gius Comune e dei moderni scrittori (4), a ben guardare non può ritenersi conforme alle disposizioni della vigente legislazione. Se vi ha nullità strettamente relativa, è quella derivante dall'inosservanza delle forme abilitative, dacchè gli art. 137, 322, 335, 341, 1407 Cod. civ. sono precisi in modo che di più

---

(1) Sopra, n. 279.

(2) È l'errore, che cade sull'oggetto stesso del contratto. I Romani Giureconsulti lo chiamavano *error in corpore*. Il testo fondamentale è il responso di Ulpiano nel Fr. 9, D. *de contrah. empt.*, 18, 1, dove è formalmente stabilito che tale errore rende inesistente il contratto *(emptio nulla est)*. Intorno all'errore *in substantia*, lo stesso testo mostra esservi stato dissenso tra i Giureconsulti. Marcello reputava inesistente il contratto affetto da un *error in substantia;* Ulpiano invece di massima aveva un'opinione contraria. Vedi anche Fr. 34, D. *de poss.*, 41, 2; Arndts-Serafini, § 62; Ricci, VI, n. 17; Laurent, XV, n. 484.

(3) Fr. 27, D. *de contrah. empt.*, 18, 1; *idem*, L. 9, C. *pro empt.*, 7, 26. Era anzi esclusa la buona fede anche nel caso, in cui la incapacità di alienare derivasse da un divieto del Magistrato. Fr. 12, D. *de usurp.*, 41, 3: " Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes ". *Idem*, Fr. 7, § 5, D. *pro empt.*, 41, 4.

(4) Voet e Richeri, ll. cc.; Troplong, *Prescr.*, n. 917; Duranton, Op. cit., n. 386; Laurent, XXXII, n. 206; Borsari, Op. cit., § 4430; Tartufari, Op. cit., n. 978.

non si potrebbe desiderare nel non ammettere a prevalersi della nullità che l'incapace, i suoi eredi ed aventi causa. Il proprietario non è compreso in alcuna di queste categorie. D'altro canto la buona fede necessaria all'usucapione consiste nella fiducia di avere acquistato da chi fosse il padrone della cosa alienata, e siccome l'inosservanza delle forme abilitative non importa la *conscientia rei alienae*, così non elimina la buona fede (1).

Di non dissimile controversia è stato oggetto il caso di un acquisto macchiato da violenza o da frode usata contro l'alienante. Se la buona fede dovesse apprezzarsi con un criterio strettamente morale, sarebbe impossibile negare che un acquisto procacciato con tali mezzi dovrebbe dichiararsi di mala fede; ma come ho più volte rilevato, altro è il criterio morale, altro quello giuridico. Il concetto della buona fede nella materia dell'usucapione è concetto relativo sotto qualunque aspetto lo si consideri. Chi ha acquistato mediante atti violenti o dolosi, ha per certo commesso un'azione disonesta, ma non ha per ciò solo la *conscientia rei alienae*. Il suo è un acquisto revocabile, ma in tanto esiste; l'interessato può impugnarlo e farlo cadere; ma se non lo impugna, ma se si acqueta, il contratto si convalida, come se fosse stato da principio immune da vizi. Donde segue che, sebbene la convenzione sia inquinata ed annullabile, tuttavia è capace di porre in essere il titolo opponibile ai terzi, tra cui il vero proprietario (2).

---

(1) Confor. Bianchi, Op. cit., I, pag. 372 e segg.

(2) Confor. Duranton, Op. cit., n. 385; Aubry et Rau, § 217 e 218, nota 14; Bianchi, Loc. cit. A sostegno della opinione, che è stata combattuta nel testo, si allega il rescritto degli imperatori Diocleziano e Massimiano contenuto nella L. 6, C. *de praescrip. l. t.*, 7, 33: " Si fraude et dolo licet inter majores viginti quinque annis facta venditio est, hanc confirmare non potuit consequens tempus, cum longi temporis praescriptio in malae fidei contractibus locum non habeat ". In questo senso Troplong, *Prescr.*, n. 918; Tartufari, Op. cit., n[i] 975-976, e n. 1144. Aubry e Rau avevano osservato che il rescritto concerne i rapporti tra i contraenti, sui quali agisce la estintiva, ma non quelli tra l'acquirente ed i terzi, che soli possono formare oggetto dell'acquisitiva. Il Tartufari si studiò di confutare questo argomento, adducendo che all'epoca degli Imperatori rescriventi la *l. t. praescriptio*, di cui è cenno nel testo, si era già fusa coll'usucapione, e non poteva quindi essere opposta che al vero proprietario. Ma è lungi dal vero, che in quell'epoca la *l. t. praescriptio* fosse già confusa coll'usucapione; del resto il rescritto inteso a risolvere la questione, se il contratto infetto da dolo si fosse confermato pel *consequens tempus*, si riferisce evidentemente alla prescrizione estintiva. Questo vero riesce anche più manifesto per un'altra considerazione. Nel Diritto Romano l'effetto del dolo era diverso, secondochè il contratto era di buona fede o di stretto diritto. Quello di buona fede era assolutamente nullo o, per dir meglio, inesistente. *Malae fidei emptio irrita est*, dice la L. 1, C. *de rescind. vend.*, 4, 44; e ripete Cu-

299. — Come abbiamo veduto nel N° precedente, la dottrina più ricevuta attribuisce anche alle nullità relative la virtù di escludere la buona fede. Tra queste nullità parecchie possono essere sanate per mezzo del trascorso del tempo, durante il quale potevano essere invocate dall'interessato, o di una rinunzia di questo ad opporle, o di una conferma per parte sua del negozio invalido. Ora posto che alcuno di questi eventi si verifichi, si domanda: 1° se la sanatoria attribuisca al possessore quella buona fede che da principio non aveva; 2° e in caso affermativo in quale istante si debba ritenere esistente la buona fede, se fin dal momento dell'acquisto o soltanto in quello della sanatoria.

Alla prima di queste interrogazioni risponde lo stesso criterio, che si adotta per ritenere opponibile dal proprietario rivendicante la nullità puramente relativa, ond'è infetto il negozio giuridico, che forma il materiale del titolo. La nullità non è perpetua nè irrimediabile; e se il proprietario, quantunque estraneo al negozio giuridico, viene autorizzato ad opporla, è congruo che debba accettarla così com'è. Quindi se pel decorso del tempo prefisso, o per altra delle sanatorie consentite dalla legge, la nullità è scomparsa, è troppo evidente che non può essere risuscitata a profitto del proprietario rivendicante; poichè questi non può avere un diritto più esteso del contraente, a favore del quale essa era stabilita. Pregio alcuno non ha l'argomento, che chi ha cominciato a possedere in mala fede, non può mutarsi in possessore di buona fede. Certo se la mala fede consistesse nella conoscenza di aver acquistato *a non domino*, la mala fede sarebbe eterna ed irreparabile. Ma nella ipotesi si tratta di mala fede generata dalla conoscenza della causa di rescissione o di annullamento; al che è congruo che essa cessi per far luogo alla contraria convinzione, quando il possessore sa che il vizio, onde era infetta la convenzione, e il pericolo di essere spossessato sono scomparsi. D'altro lato un moto intimo della volontà del possessore non basterebbe a largirgli quella buona fede, che da principio non

---

jacio, 8, obs. 10: *Malae fidei emptio non est emptio.* Il contratto *stricti juris*, come sarebbe una stipulazione, benchè infetto da dolo, era pur suscettivo di ogni effetto legale; ma la relativa azione restava elisa da un'eccezione di dolo, come espressamente dichiara il Fr. 36, D. *de verb. obl.*, 46, 1: " Si quis cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati juris obstrictus; sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio ". Donde segue, che solo per la efficacia del dolo sui contratti di buona fede gli imperatori Diocleziano e Massimiano affermarono, che *consequens tempus non potuit confirmare* la vendita macchiata dalla frode, poichè ciò, che non esiste, non può per alcun trascorso di tempo convalidarsi.

ebbe; ma tale efficacia ben deve attribuirsi ad un fatto giuridico estrinseco, come è la sanatoria del titolo (1). Non regge neppure l'altra obbiezione, che dovendo esistere la buona fede al momento dell'acquisto, al possessore, che cominciò a possedere in forza di un titolo viziato, farebbe difetto non ostante la sanatoria un requisito necessario per l'usucapione. Di vero, e valga il riflesso anche di risposta al secondo quesito, il primo momento utile sarebbe non già quello del contratto, ma quello in cui la sanatoria ebbe a verificarsi; sia perchè è in questo secondo momento che l'atto giuridico acquista il suo pieno vigore, sia perchè giusta le ragioni esposte, quando trattai dell'analoga questione della influenza della conferma sul titolo (2), alla sanatoria non può in questa materia attribuirsi alcuna efficacia retroattiva (3).

300. — Per completare l'indagine della buona fede del possessore rispetto al proprio titolo, resta ancora di esaminare l'influenza che su di essa possa esercitare l'erronea supposizione per parte del possessore di ostacoli, che si oppongano all'acquisto del diritto. La questione deve porsi in questi termini: il possessore ha effettivamente acquistato; versa in quella buona fede, di cui poco addietro si è discorso: ha quindi tutti i requisiti per usucapire; ma erroneamente crede, che esistano impedimenti all'acquisto. Alcuni attenendosi alla massima di Sabino " qui magis substantiam intuebatur, quam opinionem „ (4), reputano priva di qualsiasi influenza la fallace supposizione di ostacoli inesistenti, altri invece ad essa attribuiscono sempre la efficacia d'impedire la usucapione. Tra queste due teoriche estreme, se ne sono formate altre intermedie, che ora ammettono, ora escludono una virtù siffatta secondo la natura dell'immaginato ostacolo.

La questione è antica, ed era già stata discussa dai Romani Giureconsulti, i quali non andavano neppur essi d'accordo. Pomponio aveva insegnato che l'usucapione non correva a favore di colui che

---

(1) Era questa la massima accolta dalla Romana Giurisprudenza: " Iulianus ait eum, qui vi alterum dejecit, et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario, neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate ejus, quem dejecit, coeperit precario possidere, nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere „. Fr. 6, § 3, D. *de precario*, 43, 26. Cujacio, 24, obs. 13, propose di leggere l'ultimo inciso in questo modo: *etiam pro emptore possessionis dominium capere.*

(2) Sopra n. 277 *bis*.

(3) Confor. CIMBALI, Op. cit., n. 117 e segg.; contra TROPLONG, *Prescr.*, n. 921; RICCI, V, 244.

(4) Sulla massima di Sabino vedi infra, n. 301.

si credeva impedito dalla legge, sia perchè tale persuasione eliminava la buona fede, sia perchè costituiva un errore di diritto: " Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere possidere, dicendum est, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in jure erranti non procedat usucapio „ (1). La massima opposta piacque a Papiniano, come emerge da questo suo responso: " Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere. Cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem, ex causa peculiari quaesitam, possidere non possit? „ (2). Il caso è questo: il figlio di famiglia, che ha un peculio, compra una cosa e ne riceve la tradizione, credendosi ancora soggetto alla patria potestà, mentre in realtà è già divenuto *sui juris*. Benchè l'acquisto sia fatto in buona fede, tuttavia è dubbio se egli possa usucapire, perchè non aveva l'intenzione di acquistare per sè, anzi era convinto di possedere a nome del padre. Nel risolvere il problema Papiniano accordò un'assoluta preponderanza alla buona fede iniziale del figlio di famiglia, che era persuaso di avere acquistato dal legittimo proprietario, su tutti i posteriori eventi non idonei ad alterare e meno ancora a sopprimere quella convinzione.

Tra i moderni scrittori il Tartufari ha largamente esaminato il problema ed ha conchiuso in tesi generale, che l'opinione deve cedere dinnanzi alla realtà, sia perchè l'opinione umana non ha la potenza di creare le cose, sia perchè la trasmissione dei diritti è regolata da norme positive e non dalle mutabili e fallaci opinioni. Alla regola fa un'eccezione pel caso, in cui la volontà di acquistare sarebbe venuta meno, se l'acquirente avesse conosciuto la verace condizione delle cose (3).

A me sembra che il problema non possa avere una soluzione unica, generale per tutte le ipotesi; ma che si debba procedere per distinzioni e con molti temperamenti. Anzi tutto è necessario di ben determinare che cosa si debba intendere per realtà e che cosa per opinione in questa materia, essendochè base della buona fede è sempre un errore consistente nel ritenere proprietario, chi tale non è. Quando si acquista dal vero proprietario, la proprietà trapassa nell'acquirente sebbene questi per avventura abbia altrimenti opinato; ed in questo senso aveva esattamente affermato l'antica Giurisprudenza, che la realtà, cioè la *validità dell'acquisto*

(1) Fr. 32, § 1, D. *de usurp.*, 41, 3.
(2) Fr. 44, § 4, D. *de usurp.*, 41, 3.
(3) Op. cit., nn. 968-970.

prevale sull'opinione dell'acquirente: " Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est quam in existimatione mentis, et ideo tametsi existimet se a non domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur " (1). Ed in verità il contratto in sè perfetto deve produrre tutti gli effetti, di cui è capace, quand'anche superino l'erronea opinione del contraente. Ma nella usucapione la *sola cosa reale* è la persuasione del possessore di avere legittimamente acquistato il diritto. Ora una persuasione siffatta vien meno, quando l'acquirente stima di non poter acquistare il diritto per ostacoli dipendenti dalla natura della cosa posseduta o da un divieto della legge, e con essa manca di necessità un elemento essenziale dell'usucapione. Nè parmi applicabile la massima già di per sè così vaga e pericolosa: *plus est in re, quam in existimatione mentis,* appunto perchè questa *existimatio mentis* forma un requisito della usucapione decennale. Si aggiunga, ciò che fu dimenticato da coloro che hanno esaminato la questione, che elemento sostanziale della prescrizione acquisitiva, sia di dieci, sia di trenta anni, è il possesso legittimo, e che di questo è condizione essenziale l'*animus rem sibi habendi.* Ma quest'*animus* fa difetto ogniqualvolta il possessore è convinto che esista un ostacolo, che gli tolga di trattare la cosa da padrone e di acquistare il dominio. Un impedimento di tal genere è fuor di ogni dubbio quello determinato dalla natura della cosa, che non si presti al possesso individuale o da una disposizione proibitiva di legge. Donde segue che quando l'erronea credenza del possessore ha per oggetto un ostacolo di questa specie, la *existimatio mentis*, togliendo di mezzo il possesso legittimo, escluderà anche l'usucapione, e che quando per converso l'immaginato impedimento non è tale, quand'anche esistesse, da eliminare i requisiti essenziali dell'usucapione, allora si potrà applicare la massima: " plus est in re, quam in existimatione mentis " e ritenere possibile l'usucapione.

301. — Il filo del discorso mi porta ad esaminare l'influenza dell'errore in cui versi il possessore riguardo alla condizione, a cui sia subordinato il suo titolo.

Quella risolutiva, come fu altrove avvertito, non impedisce l'usucapione, salvo a vedersi risolto l'acquisto, se essa viene poscia a verificarsi. Questo effetto produce il compiersi della condizione, benchè ignorato dal possessore, manifesto essendo che la sua ignoranza non può eliminare gli effetti delle cause esistenti ed operanti a favore delle altre parti e dei terzi.

(1) Fr. 9, § 4, D. *de j. et f. ignor.*, 22, 6.

La cosa procede diversamente riguardo alla condizione sospensiva. Si presentano due ipotesi: o l'acquirente erroneamente stima che siasi già verificata la condizione che pende ancora; o viceversa che penda ancora, mentre si è già compiuta. Nella prima ipotesi l'opinione non può sopraffare la realtà e gratificare il possessore di un titolo che ancora non esiste. Questi si trova nella stessa condizione di colui, che crede di aver comprato, come ebbe a rilevare il Giureconsulto Paolo: " Similis enim est ei qui putat se emisse „ (1).

Meno semplice è la risoluzione della seconda ipotesi. Se si trattasse di acquisto *a domino*, il compiersi della condizione renderebbe *ipso jure*, senza bisogno di un novello atto volitivo, valido e perfetto lo stipulato acquisto. Ma la necessità della buona fede rende impossibile l'applicazione dello stesso principio alla decennale, perchè il possessore non può avere la *opinio quaesiti dominii* fino a che non sappia essersi avverata la condizione da cui dipende il suo acquisto (2). Nè mi sembra fondata l'obbiezione, che sostanzialmente non vi sia differenza fra questo caso e l'altro dell'acquisto dal vero proprietario, e che per tanto come in questo si ammette la traslazione del diritto fin dal momento in cui la condizione si

(1) Fr. 2, § 2, D. *pro empt.*, 41, 4.

(2) Sul proposito dissentivano i Romani Giureconsulti, come fa fede il tanto controverso Fr. 2, § 2, D. *pro empt.*, 41, 4. Sabino aveva insegnato, che al verificarsi della condizione l'usucapione si mette in moto, benchè l'acquirente ciò ignori: " Contra si extitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum „. Ma la ragione addotta da Sabino non accontentò Paolo, il quale giustamente ebbe ad osservare non potersi pareggiare il caso del possessore ignaro dell'evento a quello di colui, che compra dal vero proprietario una cosa che egli stima d'altrui spettanza, perchè questi ha l'*affectio emptoris*, che non gli è tolta dall'erronea opinione, mentre quegli non può avere tale *affectio* prima del momento in cui apprende essersi compiuta la condizione. Ed allargando il campo della disamina fino a comprendervi la ipotesi di colui, che non conosce la causa, per cui gli viene fatta la tradizione della cosa, Paolo si domanda: " si cum defunctus emisset, res heredi ejus tradatur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi, an usucapio cesset? „. Il Giureconsulto non decide la questione. A me non pare così evidente, che la decisione debba essere affermativa, come ritennero parecchi Scrittori (Tartufari, Op. cit., n. 967; Fadda, *Lezioni di Diritto Romano*). Poichè nella specie la usucapione deve cominciare nella persona dell'erede, la sola circostanza, a cui si deve attendere, è quella delle sue condizioni soggettive. Il problema proposto dal Giureconsulto Romano è quindi suscettivo di differenti definizioni secondo le varie contingenze. Se la causa opinata dall'erede, per quanto non conforme al vero, è atta a sorreggere l'usucapione, questa decorrerà, perchè tanto *in re* quanto *in existimatione mentis* concorrono tutti gli elementi necessarii; quando invece la causa da lui opinata non avesse tale attitudine l'usucapione non potrebbe decorrere, mancando al possessore la *justa opinio quaesiti dominii*.

verifica, non ostante la ignoranza dell'acquirente, così in quello si debba ammettere che nello stesso momento comincia l'usucapione. Di vero, se l'alienante è il proprietario, la proprietà si trasferisce per effetto della convenzione, la quale per la retroattività della condizione compiuta, si reputa perfetta fin dall'inizio; se per converso l'alienante non è il proprietario, la proprietà si acquista mediante l'usucapione, la quale non comincia il suo corso, se non quando esistono i suoi requisiti: possesso, titolo e buona fede.

302. — Abbiamo finora considerato la buona fede del possessore relativamente al proprio titolo. Ci si presenta ora l'altra faccia del problema, consistente nella valutazione della buona fede di esso rispetto al titolo del suo autore. In tesi generale è da ricordare come l'essenza della buona fede stia nella persuasione, che il possessore abbia avuto che il suo autore avesse realmente nel suo patrimonio il diritto da lui acquistato e nella conseguente fiducia di averne fatto legittimo acquisto a fronte dei terzi, tra i quali si trova il vero proprietario da lui ignorato. La legge non esige che il possessore si sia informato del titolo del suo autore, che lo abbia apprezzato e che si sia convinto dopo un esame, quale avrebbe potuto fare un uomo di mediocre prudenza, che aveva quella efficacia, che egli suppose. Nulla di tutto questo: ai fini della legge l'ignoranza, se anche non scusabile (1), purchè sia reale, basta a porre in essere la buona fede. Non conviene poi dimenticare che l'usucapione decennale, sebbene debba, oltrechè sul possesso, appoggiarsi anche sul titolo e sulla buona fede, è pur sempre una vera e propria usucapione. Donde segue che l'autore del possessore è e deve essere un *non dominus*, una persona che non ha alcun titolo, o che ha anch'essa un titolo non proveniente dal proprietario della cosa.

Posti tutti questi termini è chiaro che il titolo dell'autore, quando pure esista, ha un vizio, quello di non essere un titolo di proprietà. Ma è questo il vizio che deve essere completamente ignorato dal possessore, il quale ha da avere la più ferma fiducia del contrario. Qualunque altro vizio possa avere il titolo dell'autore, tutto ciò poco importerà al vero proprietario, che insorga a rivendicare la cosa sua di cui altri abbia abusivamente disposto. I rapporti puramente personali, che intercedettero fra l'autore del possessore attuale e l'autore di esso, sono cosa a lui estranea; e che lo interessano pel solo motivo che ebbero per oggetto il suo diritto,

(1) Sopra n. 294.

di cui egli solo aveva la potestà di disporre. Di qui segue che egli non può neppure essere ammesso a ricercare se l'attuale possessore abbia conosciuto il titolo del suo autore, ed abbia saputo che era infetto da qualche vizio od era soggetto a qualche causa di rescissione o di risoluzione deducibile dall'autore del suo autore. Pongasi ad es. che Tizio abbia venduto sotto condizione risolutiva espressa o tacita una cosa non sua a Caio e che questi l'abbia rivenduta all'attuale possessore, che era informato della condizione; oppure che l'attuale possessore abbia comperato da Caio pur sapendo che costui aveva indotto con inganno o forzato con violenza Tizio, che non era il vero proprietario, a vendergli la cosa. A mio avviso il proprietario rivendicante non potrà opporre al possessore la conoscenza che ha avuto della condizione o del vizio, perchè nel sistema legislativo imperante la condizione risolutiva e la nullità relativa non impediscono la traslazione del dominio, e per tanto l'attuale possessore, sebbene fosse edotto di tali fatti, e potesse anche temere le conseguenze di un'azione rescissoria o rivocatoria per parte del primo alienante, da cui ha causa mediata, ebbe anche la convinzione di aver fatto in confronto dei terzi un legittimo acquisto. Per questi terzi egli è diventato un titolare del diritto; ed ha quindi la buona fede necessaria all'usucapione. D'altro lato la logica vuole che, se si concede al terzo rivendicante d'invocare la causa di rescissione o di annullamento insita nel titolo dell'autore dell'usucapiente, lo si assoggetti a quei limiti, che circoscrivono l'azione della causa medesima. Per ciò se questa non impedisce e non rende inesistenti gli atti di disposizione, che non ostante il vizio del titolo siansi compiuti, il terzo, che la invoca, deve accettarla com'è, e non può pretendere che a suo beneficio produca effetti maggiori di quelli di cui è capace.

Alla massima credo si debba fare una sola eccezione pel caso, in cui il vizio del titolo dell'autore sia tale da renderlo inesistente. Ma la eccezione è soltanto apparente; poichè il possessore, che conosce il titolo del suo autore e sa che è infetto da una nullità di tal genere, per necessità sa anche che il medesimo non è proprietario, se non in apparenza, e non può quindi aver la fiducia di fare un legittimo acquisto.

303. — La ipotesi, in cui l'autore abbia bensì un titolo annullabile, ma derivante dal proprietario, e in cui sia precisamente costui l'antico alienante, il remoto e mediato autore dell'usucapiente, sfugge totalmente all'ambito dell'usucapione, la quale ha per suo supposto od un possesso senza titolo (usucapione trentennaria), od un possesso legittimato da titolo A NON DOMINO (usuca-

pione decennale), come tante e tante volte ho avuto il bisogno di rilevare:

Eppure è questa la ipotesi, che è quasi esclusivamente presa in considerazione dagli Scrittori; e non è quindi meraviglia che, fallace ed aberrante essendo la premessa, erronee non meno, anzi più ancora siano le conseguenze.

Tra le parti e i loro successori a titolo singolare impera la convenzione con tutti i suoi effetti, quali sono accettati dal sistema legislativo ed anche non di rado modificati da istituti legali di carattere positivo, come sarebbe la trascrizione. Di regola generale il successore prende il posto del suo autore ed acquista il diritto *cum sua causa*, cioè con tutti quei particolari atteggiamenti di carattere reale e permanente non ostante le successive traslazioni, che ad esso attribuì il negozio giuridico primordiale, a cui si connette per una serie non interrotta di atti susseguentisi il titolo del proprietario attuale. Il principio del trasferimento del diritto *cum sua causa* non è accolto illimitatamente nelle legislazioni imperanti, le quali non di rado hanno ristretto l'attività della causa di risoluzione ai soli contraenti. La questione per tanto consiste in questo solo: di vedere se secondo la legge la causa sia o no operativa contro i successori a titolo singolare del contraente. Tutto ciò è all'evidenza estraneo all'usucapione ed alla buona fede. Perchè o la causa risolutiva ha efficacia anche contro gli aventi causa, ed allora tutta la buona fede immaginabile dell'attuale proprietario non varrà ad escluderne gli effetti, dovendo egli, conoscesse o non conoscesse il titolo del suo autore, sopportare l'applicazione della regola secondo cui *dominium transfertur cum sua causa*. Od al contrario la causa opera soltanto fra i contraenti, ed in tal caso l'attuale proprietario, quando anche abbia avuto piena notizia del titolo del suo autore, avrà immediatamente acquistato il diritto franco da ogni peso e da ogni limitazione. Quando pure, ciò che a mio avviso è un assurdo, si volesse esaminare la questione sotto l'aspetto della buona o mala fede, è tuttavia manifesto, che l'attuale proprietario, se conosceva il vincolo a cui era soggetto il titolo dal suo autore, sapeva anche che per legge quel vincolo non solo non impediva a costui di disporre del diritto, ma anzi in dipendenza della disposizione veniva ad estinguersi; e sapeva per di più che il suo autore così disponendone, ed egli così acquistandolo esercitavano una facoltà loro attribuita dalla legge. Il suo comportamento è affatto conforme non solo al diritto positivo, il che basterebbe ad escludere qualunque taccia di malafede, ma eziandio ai principii economici informatori della legge, i quali mirano a ridurre ai minimi termini gli impedimenti alla libera alienabilità delle ragioni patrimoniali.

304. — Queste considerazioni, che pur sono ovvie e razionali, sono sfuggite agli Scrittori, che hanno trattato di questa materia. Ascoltiamo uno fra i maggiori: " Ma quando invece è il titolo di acquisto di chi ha poi trasmessa la proprietà dell'immobile all'attuale proprietario, che trovasi infetto d'una nullità relativa, e il possessore medesimo non ha ignorato il vizio che la produceva, egli trovandosi, colla prescrizione che oppone, di fronte al vero proprietario, al quale spetta la detta azione di nullità, non può invocare rimpetto a lui quella buona fede, di cui realmente manca, dappoichè ha acquistato sapendo d'essere esposto alle conseguenze appunto dell'azione di nullità esperibile dall'anteriore alienante; nè vi sarebbe ragione perchè questo possesso tenuto in mala fede, sotto il continuo e conosciuto pericolo delle azioni, che l'anteriore alienante poteva esercitare per riavere la cosa propria, avesse a meritare la speciale protezione della legge con una prescrizione più breve dell'ordinaria " (1). Questo ragionamento, ove è raccolto tutto il succo del contrario modo di considerare il problema, ci mette dinnanzi tutti gli errori, che ho poco addietro rilevati. I rapporti tra l'antico alienante e i suoi successori *in rem singulam*, fra cui il proprietario attuale, dànno luogo ad azioni personali o reali o *in rem scriptae*, che formano esclusivamente oggetto di prescrizione estintiva, e non di usucapione. Il possesso che spetta all'attuale possessore di fronte a tutti coloro, da cui o immediatamente o mediatamente ha causa, è possesso causale nel significato più rigoroso della parola, e non possesso formale. L'attuale possessore contro la pretesa dei suoi autori invoca il diritto legittimamente acquisito; e tutta la contesa si riduce necessariamente a vedere se questo è o non è irrevocabile. È il solo terreno acconcio ad un'utile discussione fra quelle persone; ma in esso non può trovar luogo veruna contestazione che si riferisca all'usucapione e alla buona fede.

Al concetto fondamentale della teorica da me professata è congruo, che la questione spesso agitata e decisa in vario senso (2), se sia o no in buona fede l'attuale proprietario consapevole al momento del suo acquisto che il suo autore non aveva adempiuto alle sue obbligazioni verso colui, il quale gli aveva alienato l'immobile, ed in ispecie non ne aveva ancora pagato il prezzo, non ha ragion di essere.

La questione non ha veruna attinenza colla buona o mala fede dell'attuale proprietario, poichè questi è sempre in buona fede per

---

(1) Bianchi, Loc. cit., pag. 381. Conforme Ricci, V, n. 243; Troplong, n. 662; Laurent, XXXII, nn. 409 e 410; Baudry-Lacantinerie et Tissier, n. 679.

(2) Vedi Dalloz, I. G. *Prescr.*, nn. 932, 2°; 934; 934, 1°; 934, 2°.

la ragione decisiva, che è sempre in buona fede chi acquista *a domino* (1). Essa ha per suo oggetto una causa risolutiva del titolo dell'autore dell'attuale proprietario e deve essere definita col criterio stabilito al N. 303 e consistente nel vedere se secondo la imperante legislazione l'azione spettante nell'ipotesi all'antico alienante sia o non *in rem scripta*, esercibile contro il successore mediato, efficace a risolvere nelle mani di questo il diritto pervenutogli in forza di una serie di atti risalente al negozio giuridico, donde deriva l'azione da quello esercitata.

305. — La buona fede ha per suo contenuto organico uno stato psichico e volitivo, che è proprio della persona fisica, dell'uomo come essere capace di comprendere e di volere. Ciò porterebbe logicamente a pensare che le persone giuridiche, come quelle che sono prive di facoltà intellettive e volitive, ed hanno ricevuto dalla legge una limitata attività giuridica, non siano capaci di quello stato psichico, che costituisce la buona fede, e non possano quindi in nessun caso invocare la prescrizione acquisitiva decennale. Ma sulla logica deduzione prevalsero altre ragioni di equità e di opportunità pratica; laonde è massima pacifica che anche le persone giuridiche possono ricorrere alla decennale. La massima è consona al disposto dell'art. 2 Cod. civ., secondo il quale — i corpi morali — espressione da intendersi in ampio senso, godono dei diritti civili, e così anche di quello di giovarsi di ogni forma di prescrizione; e si giustifica per di più per questo riflesso che, dacchè si era deviato dal rigore della logica col riconoscere nelle persone giuridiche la capacità possessoria in genere (2), non vi era poi motivo di arrestarsi a metà e di negare tale capacità pel possesso legittimato.

Occorre quindi ricercare come si stabilisca la buona o la mala fede delle Persone Giuridiche. A me pare che per giungere a risultati precisi e consoni alla ragion giuridica, si debbano distinguere le varie specie di cotali persone. Per le Società Commerciali a nome collettivo credo che sia necessaria la buona fede di tutti i soci, sicchè la scienza anche solo di uno basti a rendere impossibile la decennale. E ciò, perchè l'acquisto è fatto nell'interesse diretto dei soci. Al contrario i Corpi morali, università, corporazioni, società anonime, ecc., non solo costituiscono Enti distinti dalle persone degli associati, ma eziandio hanno un interesse loro proprio, indipendente da quello delle persone fisiche, di cui si compongono.

(1) Fr. 8, D. *pro empt.*, 41, 4: " Quomodo enim mala fide esse videtur, qui a domino emit? ".
(2) Sopra n. 107.

Il Diritto Romano aveva disposto per un caso speciale che dovesse prendersi in considerazione la fede degli amministratori: " Municipes intelliguntur scire, quod sciant hi quibus summa reipublicae commissa est " (1). Il Voet (2), insegna egli pure che debbono essere in buona fede i membri del Collegio, o i preposti, e che la mala fede degli amministratori, che hanno deliberato l'acquisto, non è sanata dalla buona fede di quelli che loro sono succeduti. Questi insegnamenti sono consentanei ai principii di ragione. Non potendo i Corpi morali avere buona o cattiva fede, è necessario cercarla nelle persone fisiche che li rappresentano ed agiscono in loro nome. A mio avviso è d'uopo che tutti gli amministratori siano in buona fede, perchè non si tratta di una deliberazione collegiale, in cui prevale la maggioranza, ma di uno stato subbiettivo, di una *affectio*, in cui tutti debbono convenire (3).

306. — Pel caso, in cui l'acquisto venga compiuto per mezzo di un rappresentante, vuolsi ancora determinare in quale persona si richieda la buona fede. Il Diritto Romano aveva risolto il problema, per quel che concerne gli acquisti fatti dal figlio o dallo schiavo fornito di un peculio, colla seguente distinzione: od avevano comprato per incarico del padre o del padrone, ed in questo caso si considerava bensì solamente la scienza o la ignoranza di questo; ma la scienza del mandatario nuoceva al rappresentato (4); oppure avevano acquistato *peculiari nomine*, ed allora si aveva esclusivamente riguardo alla loro fede; eccetto che il padre od il padrone, che conosceva il vero stato delle cose, avesse assistito alla vendita ed avesse potuto impedire l'acquisto (5). Negli altri casi d'acquisto mediante rappresentanti si attendeva alla fede del rappresentato.

Nel moderno Diritto, cessati i rapporti derivanti dalla *patria* e dalla *dominica potestas*, si deve in ogni caso indagare la fede dell'acquirente. Nè posso approvare l'eccezione proposta dal Tartufari pel caso di una procura generale accompagnata dalla libera amministrazione. Il Diritto moderno ha assolutamente ripudiate le surrogazioni e gli assorbimenti della personalità. La volontà del man-

---

(1) Fr. 14, D. *ad municipalem*, 50, 1.

(2) *Ad Pand.*, h. T., n. 8.

(3) Confor. Troplong, *Prescr.*, n. 934. Contra Tartufari, Op. cit., n. 1008, ove insegna doversi aver riguardo alla buona fede della persona incaricata dell'acquisto a nome della società od università.

(4) Fr. 2, §§ 10, 11, 12, D. *pro emptore*, 41, 4.

(5) Fr. 2, § 13, *pro emptore*. Vedi Cujacius, *Recit.* ad T., *de public.*, ad l. 7, § 8, Op. om., Tom. III, col. 267, Ed. Prat.

datario rappresenta quella del mandante, ma non si può sostituire ad essa.

Una sola eccezione si deve ammettere pei mandatarii legali, cioè pel padre che rappresenta i suoi figli minori e pel tutore che rappresenta il pupillo e l'interdetto; i quali in virtù del pubblico ufficio loro conferito dalla legge assorbiscono tutta la personalità civile dei loro rappresentati.

307. — Per completare la trattazione della buona fede è mestieri di esaminare le disposizioni legislative circa il momento, in cui essa deve esistere, e il modo, con cui deve essere accertata. Il Diritto Romano aveva stabilito che la buona fede esistesse al tempo in cui il possessore riceveva la tradizione della cosa, od in cui cominciava a possedere, eccezion fatta riguardo alla compra-vendita, per la quale era espressamente richiesta la buona fede tanto nel momento del contratto, quanto in quello della tradizione. Ma poco importava che l'acquirente avesse di poi conosciuto l'illegittimità dell'acquisto, perchè quel Diritto aveva formalmente sancito il principio: *Mala fides superveniens non nocet* (1).

Il Diritto Canonico invece volle che la buona fede perdurasse dal primo fino all'ultimo istante dell'usucapione.

Il nostro Codice, come già quello francese, fece ritorno al sistema del Diritto Romano, e richiese soltanto la buona fede iniziale, ma volle che la buona fede esistesse non già nel momento della tradizione sibbene in quello dell'acquisto (art. 2137 Cod. civ.).

308. — Sono stati censurati i moderni legislatori, perchè hanno richiesta la sola buona fede iniziale, laddove il principio stesso, su cui si erige l'usucapione di dieci anni, mette in evidenza la maggior bontà del sistema seguìto dal Diritto canonico (2). A questa censura mi associo anch'io e stimo insufficienti le ragioni addotte in contrario dal Tartufari (3), il quale, prendendo le mosse dall'idea che la buona fede è assisa sopra un errore scusabile, afferma che sarebbe ingiusto il privare l'acquirente del beneficio per la mala fede sopravvenuta; aggiunge che con oculatezza e diligenza maggiori il proprietario avrebbe impedito l'errore dell'acquirente e il danno, che questi dovrebbe soffrire ogni volta che non potesse ricuperare dal suo autore il corrispettivo sborsato; e mette infine in rilievo

(1) V. sopra n. 10.
(2) Laurent, XXXII, n. 416; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 685.
(3) Op. cit, nn. 992-994. Confor. Galfo Ruta, Op. cit., pag. 60.

gl'inconvenienti derivanti dalla teoria canonica, la quale ha provveduto piuttosto alla salute delle anime, che ad un equo e necessario assetto della proprietà immobiliare. Quand'anche si accetti per vera (ciò che non è) la premessa, e si conceda che la buona fede si fondi sopra un errore scusabile del possessore (1), non potrà a meno di parere strana la conclusione, che tra l'acquirente, che è sempre in colpa per non aver investigato con maggior cura il vero stato delle cose, ed il proprietario a cui non si può apporre colpa alcuna, si debba favorire quello con grave pregiudizio di questo. E non stanno neppure gl'immaginati inconvenienti, poichè quell'acquisto. che non si conseguirebbe mediante la decennale in causa della sopravvenuta mala fede, si otterrebbe mediante la trentennaria, che non richiede nè titolo nè buona fede.

309. — È della massima importanza la determinazione del momento dell'acquisto. Il Tartufari (2) si è studiato di dimostrare che il momento da prendersi in considerazione è quello della trascrizione, la quale, a suo senno, ha preso nel sistema legislativo moderno il posto dell'antica *traditio.* Concedo all'egregio scrittore che il possesso non si acquista *ipso jure,* ma solo mediante un atto di apprensione, e che la buona fede dovrebbe accompagnare l'inizio del possesso, di cui è una qualità. Ma dopo tutto ciò è mestieri riconoscere che il proposito del legislatore di volerla al tempo, in cui si acquista il diritto, oggetto dell'usucapione, e non in quello in cui si trascrive l'atto, è così chiaramente espresso che riesce vana ogni diversa ragione teorica. Di fronte al perspicuo testo di legge la questione sollevata dal Tartufari non è possibile; tuttavia è opportuno aggiungere che egli erra, quando della trascrizione fa il sostitutivo e l'equivalente della *traditio.* Questa era necessaria per la traslazione dei diritti reali: quella per converso non occorre a perfezionare l'alienazione e l'acquisto nei rapporti dei contraenti, ma a renderli validi di fronte ai terzi. Non giova poi a sorreggere la teorica del Tartufari la disposizione contenuta nell'art. 2137 Cod. civ., per la quale il decennio si computa dal dì della trascrizione, poichè l'articolo stesso ha avuto cura di distinguere l'inizio dell'usucapione da quello della buona fede.

Per stabilire qual'è il momento dell'acquisto, occorre applicare i principii informatori del sistema imperante. Se si tratta di atti tra vivi, è il momento in cui il contratto è perfezionato coll'adem-

(1) Vedi sopra n. 294.
(2) Op. cit., n. 966 e segg.

pimento delle forme imposte dalla legge. E così se il contratto è una vendita, è il momento in cui la convenzione viene ridotta in iscritto; se è una costituzione dotale, è quello della redazione del pubblico strumento; se è una donazione, è quello in cui viene accettata dal donatario. Quanto agli atti di ultima volontà, è noto che il legatario acquista il legato nell'istante medesimo in cui si apre la successione (art. 862 Cod. civ.). Ciò è fuor d'ogni dubbio, quando il legato è puro e semplice. Quando invece è condizionale, parrebbe a primo intuito doversi accogliere la stessa massima per la virtù retroattiva della condizione compiuta. Ma a farmi abbracciare una contraria opinione m'induce il riflesso che la retroattività della condizione non è così assoluta a riguardo delle disposizioni testamentarie, come riguardo ai contratti; tant'è che il legato svanisce, se il legatario premuore (art. 853 Cod. civ.). Non essendo adunque il legato acquisito all'onorato, se non nel tempo in cui la condizione si verifichi, è necessità riconoscere che è questo il momento in cui deve esistere la buona fede.

Poichè la mala fede sopravvenuta non nuoce, procede la decennale, sebbene l'acquirente al momento della trascrizione sappia che altri è il padrone della cosa da lui acquistata e trovi anzi che un avente causa dal proprietario abbia in precedenza trascritto il suo contratto (1).

310. — La buona fede, essendo un elemento costitutivo della decennale, dovrebbe essere giustificata da chi la viene invocando. Ma il rigore del diritto fu temperato dalla presunzione della buona fede, sancita dalla legge a sussidio del possessore, che esibisce un titolo regolare nella forma, in ossequio all'assioma: " Quisquis censetur bonus, donec contrarium probetur " (2). È l'art. 702 Codice civile, che la stabilisce: " la buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve darne la prova ".

---

(1) *Idem*, Luzzati, *Trascrizione*, n. 428.

(2) Fu anche opportunamente rilevato dal Cimbali, Op. cit., n. 128, che la convenienza della presunzione *juris* è determinata dalla pressochè insuperabile difficoltà, che avrebbe presentato pel possessore la prova diretta della sua buona fede, che si risolve nella giustificazione di un fatto negativo, come è quello di aver ignorato che persona diversa dal suo autore era il titolare del diritto da lui acquistato, laddove il proprietario rivendicante deve stabilire un fatto determinato e positivo, come è quello che il suo avversario conosceva il vero stato delle cose.

Debbo poi ricordare che gli autori, i quali ammettono l'errore di diritto, insegnano non potersi ad esso applicare la presunzione sancita dall'art. 702 Cod. civ., ma doversi da chi invoca un errore di tal genere giustificare con prova diretta la sua buona fede.

La prova della mala fede incombe al rivendicante sotto forma di una *replicatio*. Trattandosi di accertare un fatto saranno ammesse le testimonianze e le presunzioni (1). Anzi essendo oltremodo difficile la prova di un fatto, che si compie nel segreto dell'animo, e mal si può cogliere all'esterno, penso che bastino semplici indizi e congetture, purchè gravi e precise (2).

La presunzione dispensa il Giudice dal ragionare intorno alla buona fede ogni volta che non sia impugnata dal rivendicante, di guisa che il silenzio serbato dalla sentenza non potrebbe essere censurato come difetto di motivi. Una censura siffatta non potrebbe essere accolta dalla Corte regolatrice, davanti la quale non si ammettono questioni nuove non state discusse nel giudizio di merito (3).

---

(1) *Idem*, Tartufari, Op. cit., n. 1007; Cimbali, Op. cit., n. 129; Duranton, Op. cit., n. 390; Laurent, XXXII, n. 414.

(2) In questo senso si è pronunziata la Giurisprudenza patria e la francese. Venne giudicato che un Tizio, il quale aveva comprato da un padre la metà di un podere, con menzione espressa nell'istrumento che l'altra metà apparteneva al figlio, e dopo pochi mesi comprò anche quest'altra metà, dovevasi senz'altro ritenere in mala fede, poichè non era sopravvenuto alcun fatto, che potesse indurre nell'acquirente la persuasione che quella metà del fondo avesse cessato di appartenere al figlio (C. Bourges, 11 gennaio 1839, Dalloz, *Prescr.*, n. 922). Venne pure affermato che è in mala fede colui, che conosceva essere vertente un giudizio intorno alla proprietà del fondo da lui acquistato e durato quasi tutto il tempo del suo possesso, benchè sia poscia rimasto perento (C. C. Torino, 15 marzo 1881, *G. T.*, 1881, 399). Pure, benchè possano bastare semplici indizi a far ritenere la mala fede, ha ben giudicato la C. A. Trani (Sent. 20 febbraio 1880, *Legge*, 1880, 1, 507), che fallaci supposizioni, per *praesumptum de praesumpto*, come sarebbe la menzione nell'atto di acquisto del titolo dell'autore, non valgano a dimostrare la mala fede. La C. C. Roma, 10 giugno 1896, *G. T.*, 1896, 524, riteneva che il solo fatto della trascrizione di una vendita anteriore non importa da sè solo una presunzione di mala fede a carico di un posteriore acquirente.

(3) Cass. Franc. Req. 12 gennaio 1831. Dalloz, *Prescr.*, n. 942.

SEZIONE III.

Il possesso nella prescrizione acquisitiva decennale.

SOMMARIO: 311. *Il possesso necessario alla prescrizione acquisitiva decennale deve avere i requisiti di quello legittimo.* — 312. *La durata del possesso è di 10 anni a cominciare dalla trascrizione del titolo.* — 313. *Il possesso voluto dalla decennale va soggetto alle regole generali del possesso legittimo. - Osservazioni circa all'accessione dei possessi.*

311. — La prescrizione decennale, siccome ho già dimostrato, è una vera e propria prescrizione acquisitiva, che si differenzia da quella ordinaria di trenta anni perchè richiede il titolo e la buona fede. Anch'essa ha per suo fondamento il possesso legittimo, secondochè è testualmente disposto nell'art. 2106 Cod. civ. che senza distinguere usucapione da usucapione, tutte abbracciandole in una unica sintesi, stabilisce che per acquistare mediante la prescrizione è necessario un possesso legittimo (1).

312. — La durata del possesso è di 10 anni in ogni caso. Al contrario il Diritto Giustinianeo, seguìto dal Codice francese, aveva stabilito un duplice termine di 10 anni fra presenti e di 20 tra gli assenti. L'innovazione venne giustamente lodata (2), perchè ora il vapore ed il telegrafo hanno accorciate le distanze, e perchè il favore usato agli assenti contrasta col fondamento stesso dell'usucapione.

L'art. 2137 è incorso in una grave inesattezza facendo decorrere i dieci anni dalla data della trascrizione. Certo il computo del tempo non potrà partire da un momento anteriore alla trascrizione, poichè la legge vuole che del possesso prima esercitato non abbia a farsi alcun conto. Ma, se in realtà il possesso legittimo sia cominciato dopo la trascrizione dell'atto di acquisto, io credo che il computo debba cominciare dal giorno in cui effettivamente esso ebbe il suo inizio, perchè si sovvertirebbe tutto il sistema se si riconoscesse come compiuta una prescrizione decennale, senzachè il possesso fosse durato tutto il tempo necessario pel suo compimento.

---

(1) Confor. C. C. Firenze, 19 marzo 1896, *G. T.*, 1896, 505.
(2) RICCI, Op. cit., V, n. 234.

Quindi o il possesso è cominciato prima della trascrizione del titolo, e tuttavia non si computerà che pel tempo trascorso dopo; od è incominciato dopo, ed il decennio, non ostante l'anteriore trascrizione, non partirà che dal giorno in cui si è cominciato effettivamente a possedere (1).

313. — Al possesso occorrente a perfezionare la decennale si applicano, come di ragione, le regole generali, massimamente per quanto alla prova.

Sarà anche applicabile l'accessione dei possessi, non essendovi alcuna ragione per cui il possessore attuale non possa unire al suo il possesso del suo autore, e non essendovi alcuna eccezione nè esplicita nè implicita nell'art. 693 (2). Ma perchè si possa far luogo alla congiunzione bisogna che ciascuno dei possessi da sommarsi abbia i requisiti richiesti dall'art. 2137 Cod. civ.; e bisogna in ispecie che tutti i possessi siano stati omogenei, accompagnati cioè da buona fede e da titolo debitamente trascritto. Le regole, che ho fissato quando trattai dell'accessione dei possessi (3), impongono questo corollario, dal quale si è discostata la C. C. Torino nella citata sentenza 22 ottobre 1890, affermando che il possessore attuale può unire al suo possesso quello del suo autore, che aveva un titolo debitamente trascritto, sebbene egli non abbia fatto trascrivere il proprio. Questa decisione è assolutamente erronea di fronte ai principii, perchè confonde due cose accuratamente distinte dal legislatore: la continuazione e la congiunzione dei possessi. È la riproduzione dell'errore commesso dal Troplong, il quale reputava bastare che l'autore fosse in buona fede per ritenersi in buona fede anche il possessore attuale avente causa da lui. Dopo quanto ho osservato sopra al n. 160 ogni nuovo riflesso per dimostrare la ripugnanza della decisione della C. C. di Torino alle norme generali della congiunzione dei possessi sarebbe superflua. Questo solo aggiungo, che la decisione ha anche manomesso il chiaro e preciso disposto dell'art. 2137: " Chi acquista in buona fede un immobile in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto... „. Dunque è proprio il possessore attuale, che non solo deve essere in

---

(1) Nel caso di acquisto ai pubblici incanti per esecuzione forzata il decennio corre dalla data della trascrizione della sentenza di aggiudicazione. Confor. Mirabelli, Op. cit., nn. 243 e 272.

(2) Confor. C. C. Torino, 18 agosto 1888; 8 aprile 1889; 22 ottobre 1890, *G. T.*, 1888, 692; *Legge*, 1889, II, 626; 1891, I, 123; C. C. Napoli, 12 novembre 1900, *Legge*, 1901, I, 398.

(3) Sopra n. 156 e segg., e in ispecie n. 159.

buona fede, ma deve avere un titolo debitamente trascritto. Nè la facoltà che gli è largita dall'art. 693 può supplire alla mancanza della trascrizione, perchè per unire al possesso altrui il proprio bisogna che egli abbia un possesso proprio, e, s'intende, con tutti i requisiti necessarii a renderlo un possesso *ad usucapionem* (1).

SEZIONE IV.

Diritti che si acquistano mediante la prescrizione acquisitiva decennale.

SOMMARIO: 314. *La prescrizione acquisitiva decennale si estende anche all'acquisto di alcuni fra i diritti reali sopra l'immobile altrui. - Differenze in proposito tra il Codice italiano e quelli che lo hanno preceduto.* — 315. *Si ricerca quali diritti reali possano formar oggetto della decennale.* — 316. *Questione circa l'applicabilità della decennale alle servitù prediali. - Due dottrine opposte, l'una che vuole che tutte indistintamente le servitù si possano acquistare colla decennale, l'altra che afferma il contrario. - Si combatte la prima di esse.* — 317. *Si dimostra erronea anche l'altra.* — 318. *Si coordinano tutte le disposizioni del Cod. civ. intorno all'usucapione delle servitù e se ne deduce che le sole servitù continue ed apparenti possono formare oggetto della decennale.* — 319. *Si riassume tutta la disciplina dell'usucapione delle servitù.* — 320. *Il titolo necessario all'usucapione della servitù continua ed apparente può essere contenuto nell'atto* di alienazione del fondo dominante e provenire così dal proprietario di questo.

314. — Il Codice Francese nel suo articolo 2265 aveva limitato la funzione acquisitiva dell'usucapione con titolo e buona fede alle cose corporali immobili ed alla proprietà: " Celui qui acquiert de bonne fois et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété etc... „ (art. 2265). Parecchi dei Codici, che imperarono nei varii Stati in cui si divideva l'Italia prima dell'unificazione, seguirono lo stesso sistema (2). Se ne discostò il Codice Parmense, che nel suo art. 2372 così disponeva: " Chi possiede con giusto titolo e in buona fede un immobile pel corso di dieci anni, ne acquista il dominio, o qualunque altro diritto reale, se il vero proprietario abita in questi Stati, e col decorso di anni venti se abita fuori „ (3).

(1) Vedi sulla questione mia nota nella *Legge*, 1891, I, 272.
(2) Cod. delle due Sicilie, art. 2171; Leggi Civili del Regno di Sardegna (Codice Feliciano), art. 304.
(3) Una disposizione identica aveva il Codice del 1838 del Canton Ticino, all'art. 1215.

Era una disposizione equivoca e scorretta, rimanendo incerto se avesse voluto semplicemente togliere i dubbi suscitatisi nella dottrina e nella giurisprudenza francesi circa l'estensione della proprietà, che si acquista colla decennale, od al contrario estendere l'attività di questa anche ai diritti reali immobiliari.

Il legislatore patrio ha accettato quest'ultimo concetto e lo ha sancito nell'art. 2137 Cod. civ. con una chiarezza di eloquio da eliminare ogni dubbio e ogni ambiguità. Di fronte al testo di legge è manifesto che la decennale può avere per suo oggetto o la proprietà di un immobile o un diritto reale sopra un immobile; e che il diritto con essa acquistato sarà la proprietà o invece un semplice diritto *in re aliena*, secondochè possesso, titolo, e buona fede abbracciarono tutto il fondo, la *res*, od invece un diritto sopra di esso.

La modificazione introdotta dalla patria legislazione è razionale, perchè, se i diritti su cosa altrui possono costituire materia di prescrizione acquisitiva, non v'era proprio alcun motivo di sottrarli all'opera della decennale.

315. — L'ampia disposizione dell'art. 2137 deve essere intesa secondo ragione. Non ogni diritto sopra la cosa immobile altrui può essere acquistato mediante la decennale pel perentorio motivo che non ogni diritto reale è suscettibile o secondo i principii o secondo la legge scritta di quasi-possesso e di acquisto mediante usucapione in genere. Riferendoci ai principii, che vennero altrove stabiliti (1), capaci di quasi-possesso sono le servitù personali, l'enfiteusi, la superficie, le servitù prediali.

Sull'applicabilità dell'art. 2137 alle servitù personali, alla enfiteusi ed alla superficie vi è pieno accordo: come sono acquisibili mediante la usucapione trentennaria, quando vi sia un quasi-possesso legittimo senza il corredo del titolo e della buona fede, così possonsi stabilire mediante la decennale quando col possesso concorrano questi altri requisiti.

316. — Ferve invece riguardo alle servitù prediali un vivo dissidio creato ed alimentato dalle discrepanze tra gli art. 629, 630, e l'art. 631 Cod. civ., e tra essi e l'art. 2137. Di una parte della questione mi sono già occupato ai nn. 30-30*quater* ed i risultamenti, che i criterii allora adottati mi condussero a fissare, mi saranno di guida a risolvere l'altra parte.

Come ho allora ricordato, vi ha una scuola, che dall'ampia

(1) Vedi sopra, Cap. III, Sez. II, n. 29 e segg.; e n. 106.

dizione dell'art. 2137 " o un diritto reale sopra un immobile „ desume che tutti i diritti reali immobiliari e quindi anche le servitù prediali senza distinzione di categorie siano acquisibili mercè la usucapione: che in altre parole sostiene che le limitazioni apposte dagli art. 629 e 630 alla costituzione di alcune specie di servitù in forza di usucapione trentennaria non siano applicabili all'acquisto mercè usucapione decennale. Al n. 30 *bis* ho già addotto due argomenti contro questa dottrina: 1° ed è il principale e l'assorbente, che la prescrizione trentennaria è il genere e la decennale la specie, di guisa che riesce assurdo che questa possa avere un contenuto più ampio che quella; 2° che la *contradictio* richiesta per la nascita di un quasi-possesso legittimo è incompatibile coi requisiti e col modo di agire dell'acquisitiva decennale. Ma ricorrono altri argomenti. Se l'art. 2137 dovesse intendersi secondo la sua lettera, nessun calcolo fatto delle limitazioni imposte dalla *ratio juris* e dal bisogno di coordinarlo cogli altri testi di legge, che governano sotto altri rispetti la stessa materia, allora non vi sarebbe alcun motivo di escludere l'acquisto mercè la decennale della ipoteca sopra un immobile altrui concessa da chi non ne era il proprietario. È assurdo, ma è la logica conseguenza della premessa su cui si fonda l'interpretazione estensiva dell'art. 2137. Bisogna poi riflettere che l'acquisitiva decennale è un'usucapione, che ha il suo elemento essenziale nel possesso; donde segue che dove per una ragione giuridica il possesso non è possibile, o per una disposizione positiva esso, per quanto possibile, non è efficace, ivi non è neppur concepibile usucapione. Ora l'art. 630 Cod. civ. per alcune categorie di servitù prediali statuisce che il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle. L'estensione di questo disposto, come si è veduto ai nn. 30 e segg., è controversa; ma per quelle servitù, a cui deve essere applicato, è certo che il possesso, fosse anche immemorabile, è inetto a convertire in istato giuridico lo stato di fatto. Se tutto questo è, come potrà seriamente sostenersi che il possesso decennale abbia quella efficacia che il legislatore ha espressamente negata all'immemorabile? Nè si opponga che l'art. 2137 non è incompatibile col 630, perchè questo contempla il possesso semplicemente legittimo e quello il possesso qualificato dal titolo e dalla buona fede. L'obbiezione è vana. L'art. 630 parla di possesso in genere, comprendendo così tutte le varie specie di possesso, e anche quello di buona fede. D'altro canto secondo la secolare tradizione il possesso immemorabile era il grado supremo del possesso, e veniva pareggiato ad una presunzione inoppugnabile di originaria legittima concessione: questa tradizione era in pieno fiore quando si compilava il Codice patrio, donde segue che se il legislatore ha

proscritto l'efficacia dell'immemorabile, a più forte ragione ha escluso anche quella di qualsiasi altro possesso.

Dai riflessi fin qui svolti emerge già senz'altro che, coordinando la disposizione dell'art. 2137 colle altre affini e coi principii di ragione, debbono ritenersi escluse dall'ambito di essa tutte quelle servitù di cui non è possibile l'acquisto mediante l'usucapione in genere.

317. — Di fronte alla dottrina combattuta nel numero precedente se ne erge un'altra diametralmente opposta, che nega l'applicabilità dell'art. 2137 a qualsiasi specie di servitù prediali anche alle continue ed apparenti. A sostegno di questa opinione si richiama anzitutto il testo dell'articolo 629 Cod. civ., ove esplicitamente è detto, che le servitù continue ed apparenti si stabiliscono colla prescrizione di trent'anni, ed è implicitamente esclusa l'applicabilità della decennale; si osserva poi che nell'intento di definire il problema, che fu così arduo alla scienza, dell'acquisto delle servitù mediante l'usucapione la legge dettò un sistema speciale e perfetto, il quale si trova appunto costituito dalle disposizioni contenute negli articoli 629 e segg. Cod. civ. e non ha bisogno di essere completato ricorrendo ad altre disposizioni; si mette da ultimo in evidenza l'indole singolare del quasi-possesso delle servitù che non consente una vera continuità. " Vi è tanto dell'equivoco, del saltuario, dell'indefinito: sfugge tanto facilmente il modo intrinseco del dimostrarlo: è così generalmente fuor di natura, eziandio nelle continue, una vera e propria continuità, che ben può dirsi che il tempo non è mai totalmente occupato dall'esercizio della servitù da un capo all'altro dei trenta anni: cose tutte che provano evidentemente e giustificano la ragione per cui il legislatore non potè essere soddisfatto del corso relativamente breve di dieci anni colla epicheja di un titolo che rispetto al proprietario è il contrario di quello che dovrebbe essere (1).

Questa dottrina ha anch'essa il vizio di mutilare la legge; poichè finisce per considerare lettera morta per le servitù reali l'articolo 2137 Cod. civ., come quella contraria finisce per sopprimere l'articolo 630. Verità si è, che tra l'articolo 629 e il 2137 vi è una discrepanza, perchè il primo dei due disposti riconosce come mezzo di acquisto delle servitù continue ed apparenti la sola usucapione trentennaria, ed il secondo estende la decennale a tutti i diritti reali capaci di quasi-possesso, fra cui hanno luogo quelle servitù.

---

(1) Borsari, Op. cit., n. 1289; *idem* Ricci, II, n. 448; C. C. Palermo 10 giugno 1899, *Legge*, 1899, II, 333.

Ciò è dipeso unicamente dal fatto che nell'articolo 629 venne trasfuso l'art. 690 Cod. Franc. senza apportarvi quelle modificazioni, che le novità, le quali si aveva in animo d'introdurre nella materia dell'usucapione di dieci anni, rendevano necessarie. Ma è manifesto che il legislatore nel sancire l'art. 629 ebbe il solo scopo di contrapporre l'acquisto per usucapione all'acquisto negli altri modi ivi indicati, e non ebbe e non potè avere l'intento di escludere la decennale, che, siccome tutto induce a credere, non era presente al suo pensiero in quel punto. Dalla scorretta locuzione adoperata nell'art. 629 non può quindi desumersi un argomento razionale a sostegno dell'interpretazione ristrettiva dell'art. 2137. Havvi invece un argomento perentorio per ritenere il contrario. Il legislatore italiano colle innovazioni introdotte nell'art. 2137 ha espresso la sua volontà di ampliare l'orbita dell'attività della decennale. Qui si manifesta il concetto, che ha informato l'opera sua; qui si rivela la *mens legis*, che secondo i dettami della sana ermeneutica deve prevalere sopra ogni altra considerazione e fornire i mezzi per correggere quelle imperfezioni puramente materiali ed estrinseche, da cui sia infetta alcuna delle varie parti, in cui si scinde l'organismo legislativo.

318. — È quest'organismo, che bisogna ricostruire cogli elementi forniti dallo stesso legislatore, se vogliamo rappresentarci nella sua integrità il suo pensiero.

Ora della disciplina attinente all'acquisto delle servitù prediali mediante usucapione havvi una parte negli art. 629, 630, 631, 637 Cod. civ., e un'altra parte nell'art. 2137. Si è studiata la prima parte dell'organismo legislativo sopra, ai nn. 30-30*quater*, giungendo a distribuire le servitù prediali in relazione alla trentennaria in quattro categorie composte:

la 1ª dalle servitù continue ed apparenti, acquisibili per usucapione trentennaria a partire dal giorno in cui se ne è incominciato l'esercizio;

la 2ª dalle servitù negative, acquisibili per usucapione trentennaria a cominciare *a die contradictionis;*

la 3ª dalla servitù negativa degli scoli, che può stabilirsi col mezzo speciale della usucapione determinata dal godimento degli scoli in onta al divieto del proprietario del fondo servente;

la 4ª da tutte le altre servitù (discontinue e continue non apparenti ma affermative) che non si possono stabilire mediante usucapione.

Conviene ora coordinare cotali risultati coll'art. 2137 Cod. civ., tenendo presenti questi due criterii direttivi:

1° che la prescrizione decennale è una specie della prescrizione acquisitiva e non può avere un ambito maggiore della trentennaria, che è il genere; 2° che la sua orbita di attività non può trascendere i confini segnati dall'art. 2137 Cod. civ.

In coerenza al primo di questi criterii dovrà senz'altro dirsi inapplicabile la decennale alle servitù della quarta categoria. In coerenza al secondo, si dovrà del pari ritenere la sua inapplicabilità a quelle della seconda e della terza categoria, perchè, quantunque esse offrano i caratteri convenienti all'usucapione in genere, non si prestano poi a quelle condizioni, che sono richieste dall'art. 2137, come poco addietro venne chiarito. Congiungendo i due criterii risulta invece l'applicabilità della decennale alle servitù continue e apparenti, perchè esse sono capaci di quasi-possesso, e la loro usucapione comincia dal primo atto del loro esercizio, senza bisogno di altri requisiti necessarii invece per aprir l'adito all'acquisto mediante usucapione delle servitù negative. Se col loro quasi-possesso concorrono anche il titolo e la buona fede, sono poste in essere tutte le condizioni volute dal testo dell'art. 2137 Cod. civ. e dai principii di ragione, senzachè possa fare ostacolo la imperfetta espressione dell'art. 629 (1).

319. — Completando i risultamenti delle indagini fatte ai numeri 30-30*quater* con quelli, che si sono qui determinati, riassumo tutta la disciplina legale dell'usucapione delle servitù prediali in queste proposizioni:

1ª le servitù continue ed apparenti si usucapiscono in trenta anni dal giorno in cui se ne è cominciato l'esercizio, ed anche in dieci anni a computare dal giorno della trascrizione del titolo costitutivo, se concorrono titolo e buona fede;

2ª le servitù negative si possono stabilire colla usucapione trentennaria nei modi indicati al n. 30*quater*, ma non possono formare oggetto di usucapione decennale;

3ª le altre servitù non sono suscettive di acquisto nè per mezzo della usucapione trentennaria nè per mezzo della decennale.

320. — Resta ancora da risolvere un'ultima questione: Da chi deve provenire il titolo, occorrente all'usucapione decennale della servitù continua ed apparente? Ci si offrono due ipotesi. Taluno acquista una servitù da una persona che egli erroneamente ritiene

(1) Confor. Pacifici-Mazzoni, *Ist. di Dir. Civ.*, III, 257; Gianzana, *Acque*, I, 394; C. C. Napoli, 17 agosto 1884, *Legge*, 1885, I, 597; C. C. Torino, 23 marzo 1885; 5 dicembre 1895, *G. T.*, 1885, 338; 1896, 9.

proprietaria del fondo servente; oppure taluno acquista un fondo, a cui l'alienante dichiara nello stesso atto di alienazione spettare una servitù continua ed apparente sopra un altro fondo, la quale in realtà non è legittimamente costituita. Alcuni hanno sostenuto che alla decennale può servire di base soltanto il titolo raffigurato nella prima ipotesi, vale a dire quello proveniente da chi era in buona fede ritenuto proprietario del fondo soggetto e che all'incontro non può costituire giusto titolo una semplice enunciazione dell'esistenza di una servitù, quale è supposta nella seconda (1). Si aggiunse che in questa seconda ipotesi all'acquirente farebbe difetto la buona fede, perchè egli sapeva che il suo autore non poteva concedergli una servitù sull'altrui fondo, e non doveva al momento dell'acquisto ritenere già esistente la servitù, senza accertarsi di un titolo anteriore costitutivo, o di una prescrizione già compiuta (2). Altri invece, appoggiandosi al testo dell'art. 2137 Cod. civ., hanno insegnato che le servitù continue ed apparenti possono acquistarsi dal terzo insieme alla proprietà, ove concorrano giusto titolo e buona fede. Prescelgo quest'ultima opinione, come più conforme alla lettera ed allo spirito della legge. Un giusto titolo non è costituito soltanto da un atto o contratto per sè stante, ed indipendente da ogni altra convenzione. L'affermazione, contenuta nell'atto, con cui il fondo è alienato, della esistenza di una servitù a favore di questo forma parte integrale del contratto, e costituisce per l'acquirente il giusto titolo necessario per la prescrizione acquisitiva della servitù, di cui gli si è garantita la legittima esistenza. Al proprietario del fondo servente nulla importa che la servitù sia stata concessa da tale che si pretendeva proprietario del fondo medesimo o sia stata costituita nell'atto di vendita del fondo dominante. Nell'un caso e nell'altro il titolo emana da persona, a cui non spettava il diritto, che l'acquirente reputò in buona fede a sè legittimamente trasferito (3).

È opportuno rilevare che la dichiarazione della servitù nell'atto di alienazione deve essere specifica, e che la relativa clausola deve essere distintamente trascritta (4).

---

(1) Mazzoni e Gianzana, ll. cc.

(2) Nota della Direzione della *G. T.* alla c. sent. C. C. Torino, 23 marzo 1885.

(3) Confor. Coviello, Op. cit., pag. 203; C. C. Torino, cit. sent. 5 dicembre 1895; C. C. Napoli, cit. sent. 17 aprile 1884.

(4) Confor. Coviello, Loc. cit.

SEZIONE V.

Effetti della prescrizione acquisitiva decennale.

SOMMARIO: 321. *Nella commisurazione degli effetti materiali della prescrizione acquisitiva decennale si applicano le norme generali, tenendo calcolo dei limiti apposti dal titolo e dalla buona fede.* — 322. *La prescrizione acquisitiva ha una funzione estintiva secondaria e consequenziale, diretta ad integrare la funzione acquisitiva con annientare i diritti incompatibili con quello, che per suo mezzo vien posto in essere.* — 323. *Una dottrina ricevuta specialmente in Francia attribuisce alla usucapione decennale una funzione estintiva di gran lunga superiore. sì da liberare la proprietà da ogni vincolo e peso.* — 324. *Questa dottrina ha per suo fondamento un concetto della* usucapio libertatis *contrario ai precedenti storici, alla legge imperante, ai principii di ragione.* — 325. *Continuazione.* — 326. *Si combattono gli altri argomenti, che si adducono a giustificare tale dottrina.* — 327. *Si dimostra che secondo le disposizioni legislative imperanti la usucapione decennale non può essere invocata dal possessore con titolo e buona fede, e tanto meno dall'acquirente* a domino *come mezzo liberatorio dalle servitù prediali;* — 327[bis] *e nemmeno come mezzo liberatorio dai diritti di uso, usufrutto ed enfiteusi che gravino il fondo usucapito, e dalle ipoteche iscritte sullo stesso immobile.* — 328. *L'usucapione decennale non estingue le cause di risoluzione, a cui sia soggetto il titolo dell'acquirente o del suo autore.* — 329. *Usucapiscono in dieci anni coloro che in buona fede acquistano dai detentori precarii.* — 330. *Non ostante la compiuta usucapione decennale il proprietario conserva per trent'anni l'azione pei danni contro colui che arbitrariamente alienò la sua cosa.* — 331. *E quindi, come creditore dell'alienante, può intentare l'azione di rescissione o di risoluzione dell'atto di acquisto dell'usucapiente, se la medesima è ancor viva dopo il trascorso dei dieci anni.* — 332. *Il fatto dell'acquirente di aver ommesso la trascrizione del titolo di acquisto non libera l'alienante dall'obbligo della garantia.*

321. — La prescrizione decennale, siccome si è dimostrato nei capitoli antecedenti, ha il suo elemento precipuo nel possesso legittimo ed ha per suo scopo l'acquisto di un diritto reale. Gli effetti materiali della decennale sono per tanto quei medesimi, che si sono stabiliti in genere per ogni prescrizione acquisitiva (1), senza differenze sostanziali e degne di un particolare esame, ad eccezione di questa: che l'applicazione della massima: *tantum praescriptum quantum possessum*, deve essere commisurata non solo al possesso, ma anche al titolo ed alla buona fede, chiaro essendo di per sè, che nella determinazione dell'acquisto bisogna rispettare quei li-

---

(1) Sopra, Cap. XIII.

miti, che siano stati segnati da questi particolari coefficienti della decennale.

322. — Se non che si è da molti opinato che la decennale oltre alla potenza di far acquistare il diritto su cui si è spiegata la sua energia, abbia anche una forza espansiva, per la quale sarebbe capace di produrre altri effetti, in quanto che eserciterebbe un'influenza non solo contro il vero proprietario del fondo usucapito, ma anche contro i terzi titolari di diritti o di ragioni, che colpiscano lo stesso fondo. A dir vero il problema astrattamente considerato riguarda tanto la prescrizione acquisitiva trentennaria, quanto la decennale, ma per quella non ha alcuna pratica importanza, perchè il periodo di trent'anni, come necessario al suo compimento, così è il più lungo termine di ogni azione, tanto reale quanto personale, di guisa che lo stesso tempo vale a perfezionare la prescrizione acquisitiva trentennaria ed a consumare le azioni che guarentiscono i diritti reali gravanti la cosa posseduta. Donde segue che, quantunque al momento iniziale dell'usucapione il fondo fosse colpito da diritti reali, tuttavia se questi non furono esercitati durante il trentennio, la proprietà si acquista libera da tutti i pesi, che prima la gravavano.

Ma questo fenomeno si avvera pel semplicissimo motivo che col trentennio si è anche compiuta la prescrizione di quei diritti reali, a cui, come ho più volte osservato, si applica perfettamente la regola dettata da Gajo per le servitù: " certo tempore non utendo pereunt ", senzachè possa prolungare la loro esistenza il fatto del trapasso del dominio del fondo dal vecchio proprietario al nuovo per via di usucapione. Fin qui, ben lungi dall'esservi deviazione dai principii, si ha una razionale associazione degli effetti prodotti dalla prescrizione acquisitiva con quelli generati dalla estintiva.

Ma perchè lo stesso fenomeno si potesse avverare colla usucapione di dieci anni, bisognerebbe ritenere che l'acquisto della cosa immobile per via di usucapione con titolo e buona fede abbia la prerogativa di abbreviare la esistenza di quei diritti, che sulla medesima cosa competono ai terzi. Bisognerebbe insomma ritenere che la prescrizione di dieci anni ha due funzioni, principali del pari, l'una acquisitiva e l'altra estintiva.

La questione ha per suo oggetto la sola ipotesi, in cui l'usucapione è diretta all'acquisto della proprietà, poichè, quando ha per oggetto un diritto reale, è da tutti ammesso che la sua attività si esaurisce nel porre in essere quel diritto, ossia quella limitazione dell'altrui proprietà, che ad esso corrisponde.

A mio avviso la questione è nata dalla esagerazione di una

efficacia che è insita in qualsiasi prescrizione acquisitiva, e quindi tanto nella trentennaria quanto in quella di dieci anni; esagerazione che ha portato poi a considerare come una qualità tipica e fondamentale di quest'ultima una funzione, che per contro è generale, ma deve essere tenuta entro ai suoi confini razionali per non venire a conseguenze esorbitanti e contrarie ai principii.

È verità indiscutibile e da tutti riconosciuta che la prescrizione acquisitiva ha sempre e necessariamente una funzione estintiva, poichè ogni qualvolta si acquista un diritto, che in quel momento faceva parte del patrimonio di un'altra persona, è evidente che questa deve perdere lo stesso diritto.

In altri termini all'acquisto corrisponde sempre una perdita dal lato opposto (1). È un fenomeno, che si verifica non solo nella usucapione, ma eziandio in tutti i modi derivativi di acquisto, e dipende da quel principio di ragione, il quale si trova formalmente stabilito nelle fonti per la proprietà, che nessun diritto può in solido spettare a diversi soggetti.

Ma questa funzione, che, meglio ancora che estintiva, si potrebbe chiamare distruttiva, è puramente conseguenziale, consiste cioè in una conseguenza necessaria della funzione essenziale della usucapione, e non altera quindi il carattere congenito di questa e non la converte in prescrizione estintiva. La sfera di attività di questa funzione secondaria è rigorosamente determinata da quella principale; vale a dire, che essa serve esclusivamente ad annientare per forza di collisione i diritti, che si trovano in diretta contraddizione con quello che mercè l'usucapione viene ad essere stabilito (2), e non investe all'incontro quegli altri diritti, che con questo possono essere compatibili; poichè, se anche questo maggiore effetto si avverasse, non si avrebbe una prescrizione acquisitiva, ma una prescrizione estintiva.

323. — Questa limitazione della funzione estintiva conseguenziale a quella acquisitiva trova luogo anche nella decennale, perchè anch'essa è una prescrizione acquisitiva (3), e non può quindi avere un'azione diversa da quella della usucapione in genere.

---

(1) Sopra, n. 18.

(2) Così l'acquisto della proprietà dell'immobile per via di usucapione decennale fondata sull'alienazione fatta da uno dei condomini estingue i diritti degli altri condomini. C. A. Torino, 6 marzo 1894, *G. T.*, 1894, 546. Ciò del resto si giustifica riflettendo che in realtà l'usucapione ha spiegato la sua attività precisamente sulle quote dei condomini rimasti estranei all'alienazione.

(3) C. C. Torino, 10 settembre 1895; 20 aprile 1899; 30 aprile 1900; C. A. Casale, 18 luglio 1899, *G. T.*, 1895, 682; 1899, 749; 1900, 746; 1899, 1092.

Da questi principii si allontana la dottrina che attribuisce alla prescrizione decennale un' efficacia liberatoria da tutti quei pesi che, prima gravavano l'immobile. È la dottrina più ricevuta in Francia (1), sorretta, come ivi è, dal testo di quella legge: " Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété..... ", donde si è desunto che la proprietà acquistata è quella *optima et maxima*, esente cioè da ogni vincolo e peso; dalla tradizione giuridica; dall'autorità del Pothier: tuttavia neanche in Francia tale dottrina è immune da contrasti, poichè dall'un lato insigni Giuristi insegnano che la funzione estintiva della decennale è illimitata (2), e dall'altro Giuristi di non minore autorità negano che essa si estenda alle servitù prediali (3).

Anche fra noi, sebbene qui nè il testo di legge, tanto diversamente redatto, nè la tradizione giuridica la suffraghino, non sono mancati fautori a cotale dottrina (4). Laonde siccome la questione ha grande importanza teorica e pratica, conviene prenderla in disamina, dapprima nella sua concezione generale, poi in relazione ai diversi diritti che possono gravare il fondo e alle particolari disposizioni della legge positiva.

324. — Gli argomenti, che si adducono per giustificare la efficacia liberatoria dell'acquisto fatto mediante la decennale, mettono capo al concetto della *usucapio libertatis*, poichè in sostanza si dice che deve acquistarsi la piena libertà, poichè come pienamente libero si è goduto il fondo.

Ma questo tentativo di risuscitare la *usucapio libertatis* con una funzione liberatoria generale, applicabile ad ogni sorta di limitazioni della proprietà, e come conseguenza pura e semplice dell'inerzia di coloro, a vantaggio dei quali erano state stabilite, deve risolutamente respingersi perchè contrario ai precedenti storici, alle disposizioni legislative vigenti, ai principii.

Nei cenni storici ho dimostrato (5) che la Giurisprudenza Romana aveva dato alla *usucapio libertatis* la configurazione di una prescrizione acquisitiva, ma l'aveva ammessa in un senso tutto spe-

---

(1) Vedi Troplong, *Prescr.*, 850-853; Demolombe, *Des servitudes*, II, 1003-1004; Laurent, XXXII, n. 423 e segg.; Baudry-Lacantinerie et Tissier, n. 695 e segg.

(2) Troplong, *Prescr.*, 853; Laurent, XXXII, n. 424.

(3) Demolombe, Loc. cit., n. 1004; Toullier, II, 688; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 696.

(4) Tartufari, Op. cit., 1164 e segg.; Paternò di Bicocca, nel *Foro It.*, 1896, 1, 966 e segg.

(5) Sopra n. 7.

ciale e con un còmpito esatto e tassativamente determinato. Il Fr. 6, D. *de S. P. U.*, che è il testo più chiaro e più completo, che le Fonti ci offrano su questo proposito, scolpisce i concetti che abbiamo enunciato e persuade che l'*usucapio libertatis*, come esattamente definita nel suo principio teorico, così era circoscritta nelle sue applicazioni. La Giurisprudenza Romana, almeno quella classica, l'aveva applicata alla liberazione della proprietà dal peso delle servitù urbane. Ed in questa sua forma specifica era pur sempre una funzione della prescrizione estintiva, benchè fosse stata trattata e disciplinata come una vera usucapione. Le servitù, quali esse si fossero, urbane o rustiche, si estinguevano in causa del non uso; ma la estinzione di quelle urbane esigeva che al non uso si accompagnasse per opera del proprietario del fondo servente il mantenimento di uno stato di cose contrario all'esercizio della servitù (1).

Adunque nel Diritto Romano l'*usucapio libertatis* non era un'idea vaga e generica, non consisteva nel semplice fatto di aver goduto il fondo come pienamente libero, e non era concepita come un mezzo acconcio a liberare il fondo da ogni specie di pesi. Per converso essa trovava i suoi termini soltanto nell'estinzione delle servitù urbane, e richiedeva per di più il concorso di quegli elementi di cui ho testè fatto cenno.

Ma il Codice italiano non ha accolto, neanche in questa forma limitata, il concetto dell'*usucapio libertatis*. Le servitù prediali tutte senza distinzione si spengono per virtù di prescrizione estintiva, come esplicitamente sancisce l'art. 666 Cod. civ.: " La servitù è estinta, quando non se ne usi per lo spazio di trent'anni ". Nè può valere ad indurre una diversa conclusione la disposizione dell'articolo 667, secondo il quale la prescrizione delle servitù continue comincia a decorrere dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù. Con questa disposizione il legislatore ha inteso non di riprodurre l'*usucapio libertatis*, ma semplicemente di sanzionare il principio di ragione che, avendo la servitù continua un apparato esterno, permanente, visibile, per cui mezzo si esercita e si conserva, vero non uso non è concepibile se non dal momento in cui è posto in essere un fatto che ne impedisca l'esercizio (2). Ed appunto perchè l'atto contrario nel moderno Diritto segna il punto di partenza della prescrizione estintiva della servitù, e non di una

---

(1) Vedi ARNDTS SERAFINI, *Pandette*, § 194. Sulla estensione nel Diritto Romano nuovo e nuovissimo della *usucapio libertatis* vi è dissenso, volendo alcuni che sia stata applicata all'usufrutto; pretendendo altri che fosse limitata a quelle sole servitù che per poter essere esercitate richiedono costruzioni notevoli.

(2) C. C. Torino, 26 maggio 1882, *Legge*, 1883, 1, 14.

prescrizione acquisitiva diretta a conseguire la libertà del fondo, non è più necessario che esso sia compiuto dallo stesso proprietario del fondo servente (1).

325. — Ma più ancora che al concetto dell'*usucapio libertatis* determinato dall'antica Giurisprudenza, ed ai precetti del Diritto attuale, la contraria dottrina ripugna ai principii di ragione, sia che venga posta a raffronto delle norme generali che governano la estinzione dei diritti, sia che si considerino le regole particolari alla prescrizione acquisitiva decennale.

Sotto il primo aspetto è indubitato che qualsiasi diritto, dopochè è stato legittimamente costituito, non cessa se non in uno dei modi tassativamente sanciti dalla legge. I diritti reali frazionarii non si estinguono se non pel non uso durato trent'anni, o, ciò che torna lo stesso, in virtù di prescrizione estintiva trentennaria secondo il disposto dell'art. 2135 Cod. civ., di cui si trovano fatte particolari applicazioni confermanti il principio. In ispecie poi è massima assiomatica che il passaggio del dominio da una mano ad un'altra non porta alcun nocumento ai diritti reali, che lo limitano, gravando l'immobile e seguendolo presso i successivi proprietarii (2). Ora l'usucapione decennale altro in sua sostanza non è se non una mutazione del dominio, la sua traslazione dall'antico proprietario al possessore, che si trova nella condizione preveduta nell'articolo 2137; non vi ha quindi alcun plausibile motivo per cui essa debba produrre un effetto maggiore di quello che secondo la regola comune produce la mutazione della proprietà.

È poi manifesto che a questa usucapione di libertà, mediante la quale il possessore in dieci anni libererebbe il fondo da ogni servitù, fanno difetto tutti gli estremi necessari alla decennale secondo la Legge civile. Nel Diritto Romano l'*usucapio libertatis* era una prescrizione estintiva sotto la veste apparente di un'usucapione. In realtà essa era pur sempre una conseguenza del principio che " omnes servitutes certo tempore non utendo pereunt " (3). Ed in

---

(1) *Idem*, Ricci, Op. cit., II, n. 492; Borsari, Op. cit., § 1382.

(2) La massima è sancita formalmente nelle fonti, sia in generale per ogni causa di mutazione della persona del titolare del diritto, sia in particolare per l'usucapione. Fr. 19, D. *quib. mod. ususfr.*, 7, 4: " Neque ususfructus, neque iter actusve dominii mutatione amittitur ". Fr. 17, § 2, D. *de usufr.*, 7, 1: " ... quoniam noxae deditio jure non perimit usumfructum, non magis quam usucapio proprietatis, quae post constitutum usumfructum contingit... " Fr. 44, § 5, D. *de usurp.*, 41, 3: " ... persecutio pignoris ... usucapione rei non perimitur ". L. 7, C. *de pign.*, 8, 14: " Usucapio pignoris conventionem non extinguit ".

(3) L'egregio Prof. Claps, che in un suo diligente studio nel *Foro It.*, 1898,

grazia di questo suo speciale carattere essa contrariamente ai principii generali largiva i suoi beneficii anche al legittimo proprietario del fondo servente, e non abbisognava del requisito della buona fede. Per converso nella dottrina, che io combatto, la *usucapio libertatis* assume una funzione acquisitiva, non procede già a favore del proprietario, sibbene in vantaggio del possessore di buona fede. La formola di questa funzione a rigor di logica è la seguente: Chi in buona fede ed in base ad un titolo, che gli assicura il fondo esser libero da ogni peso, lo possiede come tale, ne acquista la proprietà piena e massima nel termine di dieci anni. Ora è facile ad intendersi come all'usucapione di libertà, così concepita, manchi anzitutto il possesso, perchè la libertà del fondo non costituisce un vero possesso, ma un puro godimento di uno stato materiale di cose, dipendente non dalla volontà del possessore, ma dall'inerzia di colui, che ha il diritto di servitù (1). E non è meno manifesto il difetto del titolo, poichè titolo non può dirsi la vaga e generica enunciativa, formola di stile negli atti di alienazione, che l'immobile alienato è libero da ogni sorta di pesi. Che se poi il titolo in particolar guisa indicasse una servitù, già gravante il fondo, e dichiarasse che essa non era legittimamente costituita o che ad ogni modo è estinta, non potrebbe dirsi in buona fede quell'acquirente, che, avvertito dell'esistenza della servitù, è stato tuttavia pago della interessata asserzione del suo autore.

326. — Non sussistendo il principale fondamento della contraria dottrina, è naturale che a giustificarla non valgano i minori argomenti, che si vengono adducendo.

Si dice che essa trova un appoggio nell'art. 2137 stesso, il quale fa acquistare dall'usucapiente con titolo e buona fede la proprietà del fondo, perchè la legge, parlando di proprietà, si è naturalmente riferita a quella piena e libera da ogni peso. Questo ragionamento è vizioso in due differenti modi. Suppone anzitutto che

---

1, 201 e segg., ebbe ad approvare queste mie idee già da me affermate nella 1ª ed, vide una contraddizione tra la osservazione qui fatta e le cose da me dette sopra, n. 7. A me la contraddizione non pare sussistente, perchè se è vero che la *usucapio libertatis* aveva ricevuto nel sistema del Diritto Romano la configurazione e la disciplina di un'usucapione, sta tuttavia che la sua sostanza ontologica non mutabile per virtù di disposizioni positive è quella di una prescrizione estintiva. Del resto l'osservazione da me fatta è la riproduzione del concetto espresso da Gajo nel Fr. 6, D. *de S. P. U.*, a cui appartiene il ditterio riferito nel testo.

(1) Conf. Luzzati, Op. cit., 433.

proprietà sia quella soltanto che non soffre alcuna restrizione; ciò che non è; e fa dire all'art. 2137 cosa che non dice, parlando esso di proprietà, e non di proprietà franca da ogni vincolo (1). In secondo luogo il ragionamento giunge a questa conseguenza, che, ove durante il decennio la servitù sia stata esercitata, la decennale non dovrebbe trovar luogo, perchè si acquisterebbe una proprietà non già piena e libera, ma scema e soggetta alla servitù ancora esistente. La qual conseguenza si palesa di per sè falsa ed assurda.

Anche meno vale l'obbiezione abbagliante, ma vuota di sostanza, essere antilogico che il possesso di dieci anni abbia la virtù di far acquistare il dominio contro l'antecedente proprietario e non abbia quella di liberare l'immobile dai pesi su di esso incombenti. Nulla vi ha di illogico in tutto ciò: il possesso ha per oggetto il fondo, non il diritto reale che lo grava. Il possesso di questo diritto ha il suo soggetto, non nel possessore del fondo, ma nel titolare del diritto medesimo. Sono adunque due rapporti giuridici ben distinti, di cui ciascuno ha una vita sua propria e regolata da particolari norme.

Nè può prestare alcun fondamento alla contraria opinione la disposizione dell'art. 2030 Cod. civ., quasi che essa fosse eccezionale per la materia delle ipoteche, e avesse per suo presupposto l'intenzione del legislatore di mantenere negli altri casi la *usucapio libertatis* come conseguenza della decennale. A ben guardare, l'articolo 2030 è estraneo alla controversia, perchè concerne in genere i terzi possessori dei beni gravati dall'ipoteca, e segnatamente quindi secondo l'ordine più comune delle cose i veri e legittimi proprietarii non obbligati contrattualmente. Ad ogni modo è evidente che il patrio legislatore con aver soppresso la disposizione dell'art. 2373 Cod. Parmense, secondo il quale la usucapione di dieci anni importava la liberazione di ogni carico, e con aver poi all'art. 2030 riguardo alle ipoteche accolto un concetto diametralmente avverso a quello, a cui si erano ispirati i precedenti legislatori, ha nel modo più esplicito dimostrato di non voler in nessuna parte mantenere la *usucapio libertatis* (2).

327. — I principii, che io professo, si faranno anche più certi ed evidenti nella loro applicazione ai singoli diritti reali, da cui può essere gravato l'immobile, che costituisce l'oggetto dell'usucapione decennale.

---

(1) Conf. Luzzati, Loc. cit.

(2) Confor. Claps, Loc. cit., 211; Melucci, *Il sistema ipotecario nel Diritto Civile Italiano*, Lezioni LI e LII.

Alle servitù prediali provvede in modo espresso la disposizione dell'art. 666 Cod. civ.: " La servitù è estinta quando non se ne usi per lo spazio di trent'anni ". Di fronte ad un disposto così perspicuo e preciso, anche a prescindere dalle considerazioni teoriche sovra esposte, vano riesce il tentativo d'introdurre una distinzione tra il caso, in cui l'immobile servente è posseduto con titolo e buona fede, e quello contrario. La distinzione è incompatibile col testo di legge; è anche più incompatibile col principio di equità che non permette che il possessore, sia pure con titolo e buona fede, sia trattato meglio del legittimo proprietario, a favore del quale l'unica prescrizione della servitù è quella trentennaria.

A viemmeglio dimostrare l'irragionevolezza della teoria qui combattuta soccorre quest'altro riflesso (1). L'art. 667 Cod. civ. dispone che la prescrizione estintiva della servitù continua comincia dal giorno in cui si è fatto un atto contrario; esso sarebbe applicabile anche alla *usucapio libertatis* a pro del possessore con titolo e buona fede. Donde seguirebbe che la *usucapio libertatis* s'inizierebbe soltanto il giorno, in cui fosse posto in essere l'atto contrario, giorno che potrebbe essere di molto posteriore alla trascrizione del titolo; e che l'unica prescrizione quanto ad un suo effetto (acquisto della proprietà) si compirebbe in un termine e quanto all'altro (acquisto della libertà dalla servitù) in un termine diverso. Ciò che è semplicemente assurdo (2).

Anche più grave errore commettono coloro che spingendo la teoria da me combattuta fino alle sue estreme conseguenze insegnano che il possesso decennale libera il fondo dalla servitù, non solo nel caso di acquisto *a non domino*, ma eziandio allora che taluno acquisti dal proprietario un immobile gravato da una servitù, che l'alienante non denunzia e che egli ignora (3). Chi acquista *a domino* diventa subito proprietario, e non ha più nè bisogno nè potestà di usucapire, perchè l'usucapione della propria cosa, sotto qualunque forma piaccia d'immaginarla, è un assurdo giuridico. Al proprietario soccorre invece la estintiva, intesa a liberare il fondo da quei pesi reali, che, lui volente o nolente, sciente od ignorante, gli sono stati trasmessi dal suo autore, poichè la proprietà si trasferisce *cum sua*

(1) Vedi Claps, Loc. cit., pag. 209 e 210.

(2) Confor. Mirabelli, Op. cit., 278; Ricci, V, n. 246; Pacifici-Mazzoni, *Servitù Prediali*, n. 233; L. Fulci, *Foro It.*, 1880, 1, 407. C. A. Casale, 18 luglio 1899, *G. T.*, 1899, 1092; C. C. Torino, 27 novembre 1896; 1° dicembre 1895, *G. T.*, 1896, 813; 1895, 681; C. A. Messina, 25 febbraio 1880, *Foro It.*, 1880, 1, 407.

(3) In questo senso Laurent, XXXII, n. 424.

causa, e l'alienazione non pregiudica ai diritti, che i terzi hanno legittimamente acquistato e conservato (1).

327 *bis*. — Queste stesse considerazioni convengono ad ogni altro diritto reale che gravi il fondo usucapito: usufrutto, uso, enfiteusi. Anch'essi non si prescrivono che pel non uso durato trent'anni (2); e non veggo ragione alcuna, per cui il fatto dell'acquisto dell'immobile gravato mediante l'usucapione decennale debba accelerarne la estinzione. Nè rispetto all'usufrutto mi convince l'argomento, che in contrario si adduce da alcuni Autori, che cioè il diritto di godere liberamente della cosa è oramai acquistato unitamente alla proprietà dal terzo possessore (3). Di vero chi possiede il fondo a titolo di proprietà, ne gode come proprietario e non come usufruttuario; ed è giuridicamente incompatibile còl possesso del fondo quello dell'usufrutto formale del medesimo. Del resto, ciò che è perentorio, l'usufrutto formale si estingue in varii modi, fra cui non è compresa la prescrizione acquisitiva del dominio (4).

La inapplicabilità dell'usucapione decennale all'estinzione delle ipoteche regolarmente iscritte sul fondo è espressamente stabilita dall'art. 2030 Cod. civ.: " Le ipoteche si estinguono parimenti colla prescrizione, la quale riguardo ai beni posseduti dal debitore si compie con la prescrizione del credito e riguardo ai beni posseduti dai terzi si compie anche col decorso di trent'anni, secondo le regole stabilite nel titolo della prescrizione " e costituisce una massima pacifica in dottrina e giurisprudenza (5).

---

(1) Sulla massima affermata nel testo vedi sopra, n. 198. Paolo ne faceva un'applicazione alle servitù inerenti ad un fondo venduto ai pubblici incanti: " Si fundus serviens, vel is cui servitus debetur, publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua conditione quisque fundus publicaretur " (Fr. 23, § 2, D. *de S. P. R.*, 8, 3). In senso confor. al testo, C. C. Torino, 30 aprile 1900, *G. T.*, 1900, 706.

(2) Art. 515 e 529 Cod. civ.

(3) Vedi Demolombe, *Traité des servitudes*, n. 1004.

(4) L'ultimo riflesso esposto nel testo risponde anche all'argomento in contrario dedotto dal Melucci, Op. cit., Lez. LII, n. 5, che non possa concepirsi riguardo all'usufrutto la mancanza di bisogno per parte del suo titolare di usarne continuamente. La ragione addotta dal Melucci potrebbe costituire un motivo pel legislatore di accorciare la prescrizione estintiva dell'usufrutto, ma non un motivo di non applicare la legge come è scritta. Confor. al testo Claps, Loc. cit, 211, nota 24.

(5) Confor. Melucci, Op. cit., Lez. LI, n. 5, e Lez. LII; Claps, Monog. cit.; Borsari, § 4271; Pochintesta, *Ipoteche*, n. 438; Ricci, V, n. 193; Tartufari, Op. cit., n. 1175; C. C. Roma, 19 luglio 1897, *Foro It.*, 1897, 1, 1083; Cass. Palermo, 28 marzo 1885, *Foro It.*, 1885, 1, 27; C. A. Palermo, 24 aprile 1880, *Foro It.*, 1880, 1, 1249. La C. C. Roma applicò lo stesso principio ai privilegi immobi-

328. — Si è disputato se l'usucapione decennale eserciti un'influenza sulle azioni di nullità, di rescissione o di risoluzione, a cui possa essere soggetto il titolo dell'autore o del possessore attuale.

Una dottrina, che è professata dalla grande maggioranza della Scuola Francese (1), e che conta qualche fautore anche fra noi (2), insegna che mediante la decennale l'acquirente resta liberato da qualunque pericolo di evizione, benchè il titolo del suo autore sia ancora esposto ad alcuna delle suddette azioni. Naturalmente occorre che l'acquirente sia in buona fede, per avere egli ignorato al momento dell'acquisto le cause di nullità o di risoluzione, a cui soggiaceva il diritto del suo autore: chè altrimenti egli sarebbe in mala fede non meno di chi ha coscienza di comprare *a non domino*. Tuttavia nel sistema di pubblicità adottato dal Legislatore Italiano non si potrebbe imputare alcuna mala fede all'acquirente, se le cause di nullità non fossero state rese pubbliche mediante la trascrizione (3).

La questione a questa guisa è messa fuori dei suoi termini. Colui il quale ha causa dal titolare acquista subito il diritto. Se il titolo dell'autore è soggetto a nullità o rivocazione, il punto sostanziale della controversia si riduce a vedere, se l'azione si possa esercitare anche contro il terzo acquirente. La controversia è delle più ardue e delle più vivamente agitate; e non potendo esaminarla a fondo, mi stringo ad accennare che l'opinione prevalente reputa revocabile il diritto, benchè sia già passato a mani di un secondo o di un terzo acquirente (4).

Nel sistema accolto dal Codice italiano la controversia ha minore importanza pel disposto positivo dell'art. 1933 Cod. civ., ove è stabilito che siano trascritte le domande di rivocazione, di rescissione e di risoluzione indicate negli art. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553, 1787, e che siano salvi i diritti acquisiti dai terzi anteriormente alla loro trascrizione. Nelle ipotesi disciplinate in questi articoli l'acquisto o è stato fatto prima che venisse trascritta la domanda di annullamento del titolo dell'autore, ed è irrevocabile; o è stato fatto dopo, ed il diritto dell'acquirente è soggetto alle

---

liari, che dichiarò non soggetti ad estinguersi in conseguenza della usucapione decennale, 13 febbraio 1896, *Foro It.*, 1896, 1, 490.

(1) Laurent, XXXII, n. 425; Troplong, *Prescr.*, n. 852; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 698.

(2) Tartufari, Op. cit., n. 1150 e segg.

(3) Così Tartufari, Op. cit., n. 1152.

(4) Vedi Arndts-Serafini, § 128 e § 133; e C. C. Roma, 18 gennaio 1886, *Legge*, 1886, 2, 403.

stesse cause di risoluzione che quello dell'autore: quindi od è escluso il bisogno, od è tolta la possibilità di liberarsi mediante usucapione dalla causa di annullamento.

Tuttavia in tutti questi disposti di legge non è preveduto il caso della condizione risolutiva non dipendente dalla natura stessa sinallagmatica del contratto secondo l'art. 1165 Cod. civ., riguardo alla quale è ancor viva la controversia. Qualunque opinione si prescelga, la definizione del problema dovrà sempre farsi con criterii estranei alla teorica dell'usucapione. Perchè, o si considera come puramente personale l'azione di risoluzione, ed in questo caso il terzo acquirente non ha bisogno d'invocare l'usucapione, essendo irrevocabile il dominio da lui legittimamente acquisito; o la si ritiene *in rem scripta* ed esperibile contro il terzo, ed in tal caso l'acquirente vi soggiacerà non meno del suo autore.

Quando pure non si credesse di aderire al concetto fondamentale del sistema da me propugnato, sarebbe pur sempre evidente che se la decennale non cancella i diritti reali gravanti direttamente l'immobile, *a fortiori* non può estinguere le azioni di nullità o di rescissione, a cui sia soggetto il titolo dell'autore.

Tanto meno poi può influire sulle azioni di nullità o di rescissione, a cui possa essere esposto il titolo d'acquisto del possessore attuale, perchè i rapporti personali tra questo e il suo autore non possono formar materia che di prescrizione estintiva (1).

329. — Se la prescrizione acquisitiva decennale non ha la virtù di liberare il fondo usucapito dai pesi reali, ha ben quella di far acquistare il dominio di esso a coloro, ai quali lo abbiano alienato l'usufruttuario, l'enfiteuta e in genere i detentori precarii. Di vero l'art. 2117 Cod. civ. stabilisce che possono prescrivere quelli ai quali i detentori hanno ceduto la cosa a titolo di proprietà (2), senza distinguere prescrizione da prescrizione: al che è congruo, che, ove concorrano tutti i requisiti voluti dall'art. 2137, proceda a favore dell'acquirente da uno di siffatti detentori la usucapione decennale (3).

---

(1) Anche la dottrina francese ammette che la decennale non spieghi alcuna attività sui vizi del titolo del possessore. Vedi Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 699 e autorità da loro citate.

(2) Sopra n. 180.

(3) Confor. C. A. Casale, 24 gennaio 1900, *G. T.*, 1900, 150; C. C. Napoli, 1 gennaio 1895, *Legge*, 1895, 1, 833; C. C. Napoli, 26 novembre 1892, *G. T.*, 1893, 311; C. C. Roma, 23 febbraio 1886, *Legge*, 1887, 1, 508.

330. — Colui, che alienando la cosa di altrui spettanza dette occasione alla prescrizione acquisitiva decennale compiutasi a beneficio dell'acquirente, cagionò col fatto suo un danno al vero proprietario ed è quindi in conformità delle norme generali tenuto al risarcimento. Certo se l'alienante era egli puro in buona fede e in condizione da poter prevalersi della decennale, a lui gioverà l'usucapione compiuta dal suo successore, come spiegammo trattando della congiunzione dei possessi. Ma in ogni altro caso la responsabilità dell'alienante dura per tutti i trent'anni (1).

Il detentore in altrui nome, colono, affittuario, usufruttuario, che vende il fondo, viola il patto che lo vincola al proprietario. Ora si domanda se in questo caso la prescrizione dell'azione dei danni partirà dal giorno in cui il detentore aveva l'obbligo di restituire il fondo, oppure da quello, in cui l'ha arbitrariamente alienato. Io credo che cominci da questo secondo momento, poichè in esso fu consumato il fatto lesivo del diritto del proprietario, e nacque l'azione intesa a rivendicarlo ed a risarcire il danno.

331. — Gli esposti principii trovano un'applicazione degna di un particolar cenno nel caso in cui il titolo dell'acquirente sia soggetto ad una causa di risoluzione o rivocazione. È noto che le azioni di nullità o di rescissione non durano che cinque anni; tuttavia, siccome esse cominciano talvolta in tempo molto posteriore al contratto, può avvenire che siano ancor vive, quando la decennale è già compiuta. Ora l'antico proprietario, come vedemmo, ha un'azione personale pel risarcimento dei danni contro colui, che arbitrariamente alienò il suo fondo, ed è quindi un suo creditore. Perciò se non è ancora trascorso il trentennio che estingue ogni azione, e se l'alienante era in mala fede, egli come creditore potrà obbligarlo ad intentare l'azione di nullità o di revoca contro l'acquirente, e potrà anche *utendo juribus* intentarla egli stesso direttamente (2).

332. — Si è domandato se l'alienante sia prosciolto dall'obbligo della garanzia per causa di evizione, quando l'acquirente trascurò di far trascrivere il suo atto d'acquisto e colla propria negligenza si privò della facoltà di valersi della decennale, che altrimenti sarebbe già stata perfetta al momento dell'evizione. La C. C. Torino per ben due volte rispose negativamente, perchè la trascrizione non costituisce un obbligo dell'acquirente verso il ven-

---

(1) Confor. Laurent, XXXII, 427; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Op. cit., n. 700; C. A. Genova, 7 giugno 1899, *Legge*, 1899, II, 376.

(2) Laurent, XXXII, n. 428; Ricci, V, n. 248; Tartufari, Op. cit., n. 1150.

ditore (1). Ed è giustissima la risposta. Perchè, se è vero che il beneficio dell'usucapione compiuta si riflette anche sull'alienante all'effetto di liberarlo dall'obbligo della garanzia, è anche vero che l'acquirente non è punto tenuto a trascrivere il suo titolo per procurare più sollecitamente questo beneficio al suo autore. Egli al contrario per la sua buona fede ha dovuto ritenere che questi fosse il vero proprietario, e non potesse ritrarre alcun vantaggio dalla trascrizione del contratto. Del resto l'alienante, se ha interesse a sollecitare il compimento dell'usucapione, può egli stesso far trascrivere il contratto.

(1) Sent. 6 giugno 1885, e 28 maggio 1887, *G T.*, 1885, 650; 1887, 519.

CAPITOLO XV.

La prescrizione immemoriale.

SOMMARIO: 333. *Concetto generale della prescrizione immemoriale.* — 334. *Applicazioni del* tempus ab immemorabili *nel Diritto Romano. - Esposizione sommaria delle varie opinioni dei Commentatori.* — 335. *Applicazioni nel Diritto Canonico.* — 336. *Spirito delle disposizioni del Diritto Canonico.* — 337. *Il* tempus ab immemorabili *nelle consuetudini germaniche e nelle leggi dell'Impero.* — 338. *La immemoriale nella dottrina medievale. - Ragioni storiche del suo svolgimento.* — 339. *Natura, efficacia, oggetto e requisiti della prescrizione immemoriale secondo questa dottrina.* — 340. *Sistema probatorio.* — 341. *Nelle moderne codificazioni non è più accolta la immemoriale.* — 342. *Applicazioni ancora possibili in via transitoria di questa prescrizione: 1ª) alle servitù discontinue;* — 343. *2ª) all'acquisto di diritti privati su cose pubbliche;* — 344. *3ª) all'acquisto di diritti pubblici su cose private;* — 345. *4ª) alle prestazioni a scopo di culto corrisposte dai Comuni agli Enti ecclesiastici. - Si pongono in essere i caratteri giuridici di queste prestazioni.* — 346. *Si riassumono le regole da cui è governata l'applicazione dell'immemoriale alle prestazioni di culto.* — 347. *Varii indirizzi seguiti dalla patria Giurisprudenza sia amministrativa sia giudiziaria riguardo alle spese di culto.* — 348. *Continuazione. - Critica di questa giurisprudenza.* — 349. *In quali casi la decisione del Giudice del merito intorno a questioni di prescrizione immemoriale possa essere impugnata col ricorso per cassazione.*

333. — La prescrizione immemoriale, di cui si è fatta menzione nei cenni storici (1), ha luogo, quando uno stato di cose ha avuto una permanenza uniforme per uno spazio di tempo, che sorpassa la memoria di ogni uomo. Questo stato di cose si considera come inoppugnabile e perfettamente giuridico, quantunque chi lo invoca non possa addurre alcun titolo per giustificarlo. Ciò perchè è conforme ai sentimenti umani di considerare come giuridico quello stato di cose che ha sempre esistito, il cui inizio si perde nella notte dei tempi, e che per la sua lunghissima durata fa supporre un'origine consentanea all'ordinamento sociale.

La prescrizione immemoriale si diversifica dalla prescrizione (in ampio senso) in quanto che la sua durata non è stabilmente

---

(1) Sopra n. 14.

determinata in un prefisso periodo di tempo, e dalla usucapione, perchè estende la sua efficacia anche alle cose, che non potrebbero formare oggetto di questa.

Ma queste differenze non eliminano la grande affinità che intercede tra la immemoriale e la usucapione ordinaria. Entrambe hanno l'effetto di convertire in istato giuridico uno stato puramente di fatto e di attribuire un diritto. Tanto per l'una quanto per l'altra la causa, per cui quell'effetto si produce, è la durata per uno spazio di tempo più o meno lungo di uno stato di fatto. In definitiva la immemoriale può considerarsi come un istituto surrogatorio della usucapione in tutti quei casi, ai quali questa non basta (1).

334. — Nella Romana legislazione la prescrizione immemoriale non potè trovare terreno acconcio al suo svolgimento, perchè la indeterminatezza del suo concetto fondamentale si trovava in contrasto colle forme rigide e precise del *Jus* Civile.

Tre sono le applicazioni, di cui havvi menzione nelle Fonti:

1ª *Strade vicinali.* — Ulpiano nel Fr. 3, pr., D. *de locis et itin. publ.*, 43, 7, lasciò scritto: " Viae vicinales, quae ex agris privatorum factae sunt, *quarum memoria non extat*, publicarum viarum numero sunt ". Per ben comprendere il valore di questo responso è mestieri aver presente che si distinguevano tre specie di strade: pubbliche, private e vicinali, come ci apprende lo stesso Ulpiano nel Fr. 22, D. *ne quid in loco publ.*, 43, 8. Le vicinali poi erano o pubbliche o private secondochè erano costrutte su terreno pubblico o privato. Il tempo immemoriale produceva l'effetto di attribuire al pubblico uso le vie vicinali, benchè fatte su terreno privato, e di farle iscrivere tra quelle pubbliche (2).

2ª *Scoli delle acque piovane.* — L'interesse dell'agricoltura e l'ossequio al principio, che comanda di non arrecare danno agli altri, avevano fatto introdurre alcune norme equitative per regolare il deflusso delle acque piovane dai fondi superiori in quelli inferiori. Erasi vietato di alterare il modo del naturale deflusso con opere manufatte ad eccezione di quelle che fossero richieste dall'ordinaria coltura. All'uopo fin dalle XII Tavole era stata introdotta a tutela dei fondi inferiori l'*actio aquae pluviae arcendae*, a cui è dedicato un apposito Titolo del Digesto (39, 3). Il divieto di alterare con opere artificiali il deflusso delle acque soffriva eccezione in questi casi: quando la potestà di divertirle con opere manufatte fosse sta-

(1) Savigny, *Sistema*, § 195.
(2) Savigny, *Sist.*, IV, § 196, pag. 561. Trad. Scialoja.

bilita da una convenzione o dal permesso della competente autorità come sarebbe l'ordine del Principe o del Senato (1), o quando la esistenza delle opere fosse tanto antica, che non si avesse memoria di uno stato antecedente contrario (2). Insomma la *vetustas memoriam excedens* equivale in questa materia all'accordo delle parti o ad una legittima concessione.

3ª *Condotta delle acque.* — Vi si riferiscono due testi. L'uno è di Pomponio, Fr. 3, § 4, D. *de aqua quot.*, 43, 20: " Ductus aquae, CUJUS ORIGO MEMORIAM EXCESSIT, jure constituti loco habetur (3) ". L'altro è di Scevola, Fr. 26, D. *de aq. et aq. pluv. arc.*, 39, 3: " Solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem VETUSTAS daret, tametsi jus non probaretur ". Secondo questi due testi si considera come legittimamente costituita e viene protetta dall'Autorità giudiziaria quella condotta d'acqua, la cui origine risale a tempo antico. Qui sorge una difficoltà. La condotta d'acqua è una servitù prediale (Fr. 1, pr., D. *de S. P. R.*, 8, 3); al suo acquisto per prescrizione dovrebbe bastare il quasi-possesso *non vi, non clam, non precario* colla durata dalla legge prefinita (4). Invece Pomponio e Scevola (e questi espressamente) esigono in mancanza del titolo un uso *ab immemorabili* per accordare alla condotta delle acque la protezione legale. A conciliare tale manifesta antinomia furono proposte parecchie spiegazioni. Cujacius, ad L. 14, D. *de servitutibus* (*Op. omnia*, Ed. Pratensis, vol. 3, col. 293) stimò che il *longum tempus* valesse a dare la sola *tuitio praetoris:* " Illud tamen observandum est ita servitutes non acquiri ipso jure, sed per tuitionem praetoris, non directa actione sed utili ". Altri disse che i due testi di Pomponio e di Scevola si riferiscono ai fossi scavati dalle acque piovane e debbono intendersi in relazione all'*actio aquae pluviae arcendae.* Altri insegnò che la *praescriptio longi temporis* e il *tempus infinitum* trovano applicazione or l'una or l'altro secondochè la condotta è continua o discontinua. Ma giova notare subito, che

---

(1) Fr. 2, pr. e §§ 3, 4, 5, 7; Fr. 23, pr. D. *de aq. et aq. pluv. arc.*, 39, 3.

(2) Fr. 1, § 23; Fr. 2, pr., §§ 3, 8; Fr. 23, D. *de aq. et aq. pluv. arc.;* Fr. 28, D. *de probat.*, 22. 3.

(3) Che cosa abbia inteso Pomponio colle parole *jure constituti loco habetur* è dubbio. O volle dire che la condotta d'acqua, della cui origine più non avanza memoria, si ha come appoggiata ad un titolo, che più non si conosce, e stabilì così una presunzione di un titolo reale; oppure volle dire che anche in mancanza di un titolo l'immemoriale tiene luogo di un atto legittimo di costituzione della servitù. La prima di queste interpretazioni ha ottenuto maggior favore; ma la seconda è più conforme al testo e alla funzione del tempo immemoriale.

(4) Vedi sopra n. 12.

a questa opinione resiste apertamente il Fr. 5, § 3, D. *de itin.* 43, 19, ove la virtù acquisitiva del *longum tempus* vedesi applicata all'*iter*, il quale è senza dubbio una servitù discontinua.

Il Savigny (1) insegnò che non esiste antinomia alcuna, perchè la *l. t. praescriptio* e la immemoriale operano in campi diversi: quella si applica alla presa d'acqua da una sorgente privata, questa alla presa da un pubblico acquedotto, per cui sarebbe occorsa una concessione del Principe (Fr. 1, § 38, 45, D. *de aqua quot.*, 43, 20 e LL. 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11 C. *de aquaeductu*, 11, 42). La radice di questa opinione si trova in Cujacio, il quale nelle chiose alla detta L. 14, D. *de serv.*, così si esprime: " Quae lex (5, C. *de aquaeductu*) est accipienda de aqua publica, quia loquitur de procuratore Caesaris ". Il Savigny ampliando il concetto e stimando anzi di trovarne traccia in tutte le altre applicazioni della immemorabile, ne fece un sistema, secondo il quale questo istituto troverebbe luogo in certi rapporti, che sono nella loro sostanza di diritto privato, ma che pur attengono a quello pubblico per la loro natura o per certi particolari effetti. Tale carattere scorge egli nella destinazione al pubblico servizio della via vicinale, costrutta bensì su terreno privato, ma da tempo antichissimo adibita ad uso universale, e nella potestà di tenere opere manufatte, che rendono più grave e più dannoso il deflusso delle acque piovane nei fondi inferiori, contrariamente alla norma stabilita nell'interesse dell'agricoltura (2).

Esposte così le principali opinioni intorno a questa controversia, dirò brevemente la mia. A me pare che nei responsi di Pomponio e di Scevola si rispecchino le esitazioni e le difficoltà pratiche, che dovettero essere prodotte dall'abolizione dell'usucapione delle servitù. La *Lex Scribonia* era già in pieno vigore, ed al contrario non era ancora universalmente ammessa l'estensione del *longum tempus* all'acquisto delle servitù. In mancanza di provvedimenti legislativi, che temperassero il rigore del *novum jus* e mitigassero i danni, che stavano per risentirne interessi legittimati dalla loro vetustà, i Giureconsulti seguirono il metodo consueto e ricorsero a quelle massime di equità, che meglio convenivano alle occorrenze. Che più equo invero che considerare come legittimamente stabilita quella servitù che tutti e sempre avevano veduto pacificamente esercitarsi? A questo modo facile riesce di spiegare queste singolari applicazioni del *tempus infinitum* ad una materia, a cui prima si estendeva la *usucapio* e a cui dopo si applicò la *l. t. praescriptio*, senza bisogno

---

(1) *Sist.*, § 197.

(2) Nello stesso senso Schupfer, *Ab immemorabili*, nel *Digesto italiano*, disp. 2ª, pag. 72 e segg.; Cianci-Sanseverino, nella *Legge*, 1899, I, 458 e segg.

di ricorrere a un principio di diritto pubblico, che non solo avrebbe sottratto la cosa alla efficacia dell'usucapione e della prescrizione, ma avrebbe reso inutile qualsiasi decorso di tempo per quanto lungo.

Mi sembra poi, che i testi conservatici nelle Fonti nessun fondamento forniscano alla teoria del Savigny. Di vero, sebbene la L. 5. C. *de aquaeductu*, faccia menzione del *Procurator Caesaris* e possa comodamente riferirsi col Cujacio e col Savigny all'uso d'una sorgente pubblica, tuttavia nei sovra riferiti Fr. 3, § 4, D. *de aqua quot.*, e 26 *de aq. et aq. pluv. arc.*, non v'è traccia qualsiasi di una circostanza siffatta, per il che manca ogni argomento positivo per riferirli piuttosto ad una fonte pubblica che ad una privata.

Ancor meno si può ravvisare immistione qualsiasi di rapporti d'ordine pubblico negli altri casi. L'applicazione dell'istituto della immemoriale agli scoli delle acque piovane concerne i rapporti tra i varî fondi, vale a dire rapporti di carattere eminentemente privato, e la *vetustas* è chiamata in iscena come un surrogato non solo di una *lex specialis*, ma anche della *natura loci*. E nell'altra applicazione od abbiamo l'embrione di un concetto svoltosi molto dopo, od abbiamo l'equiparazione dell'uso immemoriale ad un modo di acquisto, il che tutto non esorbita menomamente dai limiti del *gius* privato, poco importando che l'acquirente sia un individuo od un Ente collettivo.

335. — I germi lasciati dal Diritto Romano furono fecondati da quello Canonico, dalle consuetudini germaniche, dai bisogni pratici e servirono per la costruzione dell'istituto della prescrizione immemoriale.

Tre distinte applicazioni del *tempus cujus non extat memoria* si trovano nelle fonti canoniche.

Il papa Innocenzo III decise che il diritto di percepire certe regalie (pedagia, guidagia, salinaria) deve essere accordato dall'Imperatore o dal Re o dal Concilio Laterano, eccettochè sia praticato in forza di consuetudine immemorabile, C. 26, X, *de V. S.* (5, 40): " Praeterea cum pedagia, guidagia, salinaria tibi legatus interdixerit memoratus, auctoritate apostolica duximus declarandum illa esse pedagia, salinaria, guidagia interdicta, quae non apparent Imperatorum vel Regum vel Lateran. Concilii largitione concessa vel ex antiqua consuetudine a tempore, cujus non extat memoria, introducta ".

Bonifacio VIII con sua costituzione dell'anno 1292 stabiliva che un vescovo, il quale nel territorio di una diocesi vescovile altrui pretendeva chiese e decime, dovesse avere oltre della buona fede

anche un titolo atto a servir di base alla prescrizione, eccettuato il caso in cui per esso militasse la prescrizione immemoriale. C. 1, *de praescr.*, in 6° (2, 13): " Episcopum, qui Ecclesias et decimas, quas ab eo repetis, proponit (licet in tua sint constitutae dioecesi) se legitime praescripsisse, allegare oportet (cum jus commune contra ipsum faciat) hujusmodi praescriptionis titulum et probare. Nam licet ei, qui rem praescribit Ecclesiasticam, si sibi non est contrarium jus commune vel contra eum praesumptio non habeatur, sufficiat bona fides: ubi tamen est ei jus commune contrarium vel habetur praesumptio contra ipsum, bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat praescribendi: Nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cujus contrarii memoria non existat ".

Finalmente secondo le decisioni del Concilio Tridentino si deve considerare come patrono legittimo colui, che ha il possesso da tempo immemorabile del diritto di patronato. Sess. 25, cap. 9, *de reformatione*, ove vedesi decretato che: " Titulus juris patronatus sit ex fundatione vel dotatione, qui ex authentico documento et aliis jure requisitis ostenditur, sive etiam ex multiplicatis praesentationibus per antiquissimum temporis cursum, qui hominum memoriam excedat, aliasve secundum juris dispositionem " (1).

336. — Il Savigny si è studiato di dimostrare che nelle due costituzioni pontificie sovra riferite (c. 26, X, *de V. S.* (5, 40), e c. 1, *de praescr.*, in 6° (2, 13)), è stata nella sua sostanza mantenuta l'orientazione che il *tempus ab immemorabili* avrebbe avuto, secondo le sue idee, nel Diritto Romano, in quanto che la prima di esse concerne l'applicazione della immemoriale a diritti di natura pubblica e la seconda riguarda un caso, in cui la immemoriale aveva lo scopo di toglier di mezzo un ostacolo di diritto pubblico contro il diritto affermato. Ma lo stesso Savigny ha notato che quest'ultima decisione si allontana dal punto di vista del Diritto Romano perchè ammette pel medesimo oggetto il tempo immemorabile e l'usucapione, i cui requisiti mancanti devono supplirsi con quello (2).

---

(1) Tra i canonisti si disputò se questo decreto del Tridentino avesse limitato l'acquisto del *gius* patronato mediante prescrizione alla sola immemoriale, od avesse lasciata intatta la quadragenaria con buona fede e titolo colorato. Prevalse l'opinione, che riteneva mantenuta la efficacia della prescrizione quadragenaria. Marenco, *De Beneficiis*, II, n. 585 e segg.; Berardi, *Commentaria in Jus Ecclesiasticum Universum*, vol. 1°, Dissertatio IV, cap. 4°.

(2) *Sistema*, IV, pag. 581 e segg.

Contro a questo modo d'interpretare lo spirito delle applicazioni del *tempus cujus memoria non extat* nelle due decisioni dei Pontefici Innocenzo e Bonifacio sta la evoluzione che nella dottrina canonistica aveva avuto l'istituto del possesso. I confini tra il diritto pubblico e quello privato, che la Romana Giurisprudenza avea rigorosamente segnato, erano venuti confondendosi a causa del passaggio nel dominio privato di molti diritti pubblici, e della estensione del concetto e della tutela possessoria a tutta una categoria di oggetti, che la Romana Giurisprudenza aveva escluso dalla sfera d'attività del possesso (1). Sarebbe quindi arbitrario il voler desumere dalle due costituzioni pontificie un argomento a sostegno del concetto restrittivo del Savigny, mentre in esse vuolsi a maggiore ragione vedere un'espansione del *tempus ab immemorabili* correlativa allo sviluppo della *jurium possessio.*

Ma se anche si potesse ravvisare nelle decisioni dei due Pontefici quella limitazione dell'istituto, la quale forma il contenuto della teorica del Savigny, certo è tuttavia che un indirizzo affatto diverso si deve riconoscere nel decreto Tridentino, poichè esso si riferisce evidentemente a diritti privati, a cui prima si applicava la prescrizione acquisitiva quadragenaria, e a cui dopo in concorso con questa si applicò eziandio la immemoriale. Nè di ciò è a stupirsi, perchè il Concilio emanava il decreto, di cui si tratta, in un tempo di gran lunga posteriore alle due costituzioni pontificie, quando la estensione della immemoriale ad ogni specie di diritti, senza distinzione fra pubblici e privati, costituiva una regola da tutti accettata.

337. — Le consuetudini e le leggi Germaniche ci presentano una concezione del tempo immemorabile diversa da quella della Romana Giurisprudenza.

I Germani in generale riguardavano come legittimato dall'uso o meritevole quindi di essere tutelato per l'avvenire quello stato di cose, che risaliva ad epoca lontana e non aveva mai avuto contraddizione, e reputavano che il decorso di tempo idoneo a tale effetto fosse la sua durata incontrastata (*inconvulsa*) per due generazioni.

Ma per i popoli Germanici il tempo immemoriale non rappresentava una prescrizione acquisitiva, sibbene una presunzione di un originario legittimo stabilimento di quello stato di cose. Il che molto probabilmente era una conseguenza di quell'ossequio che le

---

(1) Vedi sopra n. 99.

leggi barbariche professavano al possesso anteriore (1) per una tendenza ingenita nell'animo di quei popoli, e risonante colla sua eco poderosa nella loro letteratura:

> Santo è il poter degli anni e quanto è fatto
> Per vecchiezza canuto, all'occhio umano
> Sembra cosa divina. Il dritto è tuo
> Se consegui il possesso, e nel possesso
> Ti saprà mantener la riverente
> Moltitudine..... (2)

Anche nelle posteriori leggi dell'Impero non sono rare le applicazioni della immemoriale. Nell'Aurea Bolla è pareggiata ai privilegi accordati dagli Imperatori e dai Re per rendere immuni i Boemi dai tribunali che non fossero boemi: " a tempore, cujus contrarii hodie non existit memoria consuetudine laudabili inconvulse servata, diuturnitate temporum et praescripta " (3). Nei recessi dell'Impero del 1548 e del 1576 si trova garantita l'esenzione dai tributi imperiali agli Stati dell'Impero che godevano della immunità da tempo immemorabile (4).

338. — La dottrina, a cominciare dalla glossa del Diritto Romano e del Diritto Canonico, abbracciò con molto favore l'istituto della prescrizione *ab immemorabili*, e lo portò alle sue estreme conseguenze, sottoponendo alla sua azione ogni sorta di rapporti, e dando così ad esso una funzione complementare ed integratrice di quella della prescrizione.

La dottrina era spinta su questa china da due correnti, che, sebbene fra di loro contrarie, tuttavia la spingevano con forze convergenti verso una medesima meta. Da un lato l'orbita del possesso dei diritti, che il Diritto Romano aveva coartata nella cerchia della *juris possessio*, era venuta allargandosi tanto da abbracciare pressochè ogni sorta di diritti (5); dall'altro la utilità della prescrizione minacciava di ridursi al nulla pei rigorosi requisiti del titolo e della buona fede continua voluti dalla legislazione Canonica. Tuttavia, poichè la forza delle cose è superiore ad ogni umana volontà, per quanto grandi i mezzi di cui questa può disporre, si dovè dalla stessa Autorità Pontificia riconoscere che lo stato di fatto, le cui origini si perdono nella notte dei tempi, merita di essere protetto non come un semplice possesso, ma come un diritto.

---

(1) Schupfer, Loc. cit., n. 7.
(2) Schiller, *Wallenstein*, Parte III, Atto 1°, Scena IV. Traduzione Maffei.
(3) Aurea Bulla, c. 8, § 1.
(4) Savigny, *Sist.*, § 198; Schupfer, Loc. cit., n. 8.
(5) Vedi sopra n. 99.

A questo modo, ampliando il campo d'azione della immemorabile, costruendo sui pochi elementi forniti dal Diritto Romano un istituto di carattere generale, che poteva esercitare la sua attività sopra qualsiasi rapporto giuridico, si veniva a colmare la lacuna creata dalla rigida disciplina canonica delle prescrizioni, dannosa specialmente in quei tempi, in cui la più gran parte degli affari si compiva senza documenti scritti, alla stessa guisa che la consuetudine serviva a colmare la lacuna proveniente dal difetto di leggi, che regolassero i nuovi rapporti, a cui mal si adattavano le antiche. Sarebbe anzi non alieno dal vero il considerare il nuovo indirizzo impresso alla prescrizione *ab immemorabili* dalla dottrina medioevale come una consuetudine derogatoria al rigore delle costituzioni pontificie in materia di prescrizioni.

A questo indirizzo corrisponde la sua applicazione nel campo del diritto pubblico all'acquisto della esenzione dalla sudditanza e dai tributi, delle regalìe, delle giurisdizioni, dei beni demaniali, dei luoghi pubblici e delle cose comuni, laonde Paolo da Castro poteva affermare i Veneti mediante la immemoriale “ golfum maris praescripsisse ”; e nel campo del diritto privato all'acquisto di tutti i diritti in genere, anche di quelli che non si sarebbero potuti stabilire mercè la ordinaria prescrizione tanto che dai più si riteneva che la immemoriale potesse ammettersi perfino contro le leggi proibitive (1).

Degna di speciale menzione è l'applicazione dell'immemoriale fatta dalla scuola italiana e segnatamente da Bartolo all'acquisto delle servitù discontinue.

339. — Intorno agli effetti dell'immemorabile erano accettati dalla unanimità dei Dottori parecchi postulati, che avevano così assunto la qualità di disposizioni legislative.

Era ritenuta come verità indiscutibile la regola, che la immemoriale equivalesse a legittima concessione e facesse presumere il migliore dei titoli; si diceva comunemente che essa aveva la forza di consuetudine e di privilegio, che toglieva ogni resistenza di diritto, e che meritava rispetto al pari di una legge. Questo concetto si trova affermato colle più energiche espressioni. Il Faber, *Codex*, lib. I, tit. III, def. 58, si esprime in questi termini: “ immemorialis possessio, quae tituli vim habere solet ”; e lib. III, titolo XXIV, def. 9: “ immemorialis ista possessio jus praebeat et sit loco tituli constituti ”. Ed il Richeri nella *Jurisp.*, lib. II, tit. V, cap. III,

---

(1) Schupfer, Loc. cit., n. 14 e segg.

sect. I, § 69: " imo legis et privilegii legitime constituti vim habet „; e *ibid.*, § 116: " habet vim tituli, concessionis et privilegii „.

L'accordo intorno agli effetti del *tempus infinitum* toglieva gran parte della sua importanza ed ogni interesse pratico alla questione circa il suo carattere giuridico. Su questo punto regnava un dissenso; poichè da alcuni la immemoriale si reputava una vera prescrizione, una causa cioè producente pel decorso del tempo una modificazione di diritti, e da altri per converso si pensava che valesse a far presumere che lo stato attuale di cose avesse avuto il suo inizio in un acquisto effettivo del diritto, di cui fosse scomparso ogni ricordo, che costituisse cioè la presunzione di un legittimo titolo originario, la prova di una modificazione antica del diritto.

Finì per prevalere la opinione, che vedeva nel tempo immemorabile una prescrizione induttiva di una modificazione di diritti; e se anche dopo continuò a risuonare il termine di *praesumptio*, si aggiungevano tali qualificazioni da togliere ogni divario di sostanza (1).

Altro postulato da tutti accolto si era, che la immemoriale pregiudicava ad ogni sorta di persone, e non solo ai presenti ma anche ai futuri; che contro di essa non era lecito invocare causa alcuna d'impedimento o di sospensione sia per ragion di cose o di persone, sia per causa di assenza, d'ignoranza o d'impotenza (2).

Quanto ai requisiti della immemoriale era un assioma da tutti accettato che lo stato di fatto risalente ad epoca lontana doveva avere il carattere di un possesso, cioè dell'esercizio di un diritto, e che perciò per quanto a lungo durato sarebbe stato inutile, se fosse stato un godimento precario, facoltativo, dipendente dall'altrui liberalità. Laonde si insegnava che anche per la immemoriale aveva valore la massima che *in facultativis non datur praescriptio* (3).

Non senza contrasti dovuti all'influenza delle teorie ascetiche promulgate dalla Legislazione Canonica trionfò la opinione, che non fosse richiesta la prova della buona fede, essendosi considerato che la disposizione canonica non poteva trovare i suoi termini in una prescrizione, la cui origine rimaneva ignota. Prevalse eziandio la opinione che non occorresse il titolo, sul riflesso specialmente, che, siccome non lo si esigeva per la *longissimi temporis*

---

(1) Il Savigny, *Sist.*, § 201, vol. IV, pagg. 603-604, trad. Scialoja, cercò di far rifiorire la teorica della presunzione. Ma il suo tentativo, per quanto sostenuto con poderosi argomenti, non incontrò favore. Vedi Windscheid, *Pand.*, § 113.

(2) Vedi Richeri, Loc. cit., e Senato di Piemonte, sentenze 23 gennaio 1736 e 6 dicembre 1677.

(3) Vedi Savigny, *Sist.*, § 199, vol. IV, pag. 590 e segg., trad. Scialoja.

praescriptio (1), sarebbe stato contraddittorio richiederlo per la immemorabile.

340. — Si era pure tentato di costruire fra mezzo a dissensioni e contese, che non quetarono mai, un sistema probatorio sfruttando gli elementi forniti da due testi. L'uno è il Fr. 2, § 8, D. *de aq. et aq. pluv. arc.*, 39, 3: " Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum requirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint ". L'altro è il Fr. 28, D. *de probat.*, 22, 3: " Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse. Paulus, imo, quum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis extet, nec ne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit quo die aut quo Consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit, et hoc ita quod Graeci dicere solent, ἐν πλάτει (latius), enim potest hoc memoria non teneri; intra annum puta factum, quum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus Consulibus id viderit. Sed quum omnium haec est opinio, nec audiisse, nec vidisse, quum id opus fierit, neque ex iis audiisse, qui vidissent, aut audiissent; et hoc infinite similiter sursum versum accidet, quum memoria operis facti non extaret ".

Questi due testi si riferivano all'*actio aquae pluviae arcendae* e alla immemorabile come titolo per la conservazione di opere contrarie alla comune disciplina delle acque defluenti dai fondi superiori negli inferiori. Cotali opere costituivano uno stato di cose a tutti visibile, laonde della loro esistenza da tempo antico ben si poteva chiedere una giustificazione puntuale. Ma un pari rigore di prova imposto anche negli altri casi avrebbe contrastato alla natura delle cose, e finito per rendere problematica l'utilità della immemorabile. Donde seguì che i principii contenuti nei riferiti due testi furono accolti con quei temperamenti, che valessero ad adeguare la prova alla materia da provarsi; e sopra tutto non fu richiesto l'accertamento di quella universale conforme opinione e di quella tradizione infinita nel tempo, che parevano essere necessarie secondo il tenore del Fr. 28, *de probat.*

Il lavorìo della costruzione del sistema probatorio fu non poco lungo; ed i più ricevuti fra i suoi risultamenti furono questi:

1° La prova consta di due parti, positiva l'una, negativa l'altra.

---

(1) Vedi sopra n. 11.

La positiva riguarda un certo spazio di tempo anteriore al momento in cui si deve giustificare l'esistenza del diritto formante oggetto dell'immemorabile (momento dell'istituzione della lite). Questo spazio di tempo ha una durata uguale a quella di una generazione; deve dimostrarsi che dal primo fino all'ultimo momento di esso ha sussistito lo stato di fatto, che mediante la immemoriale si vuole che abbia assunto il carattere di legittimità. La negativa consiste nella esclusione di ogni notizia di uno stato anteriore contrario durante tutto il periodo di tempo che rappresenta la vita della precedente generazione.

La prova deve adunque abbracciare il periodo di due generazioni. Non mancarono tentativi di fissare in una cifra precisa lo spazio di tempo corrispondente a tale durata, e chi voleva stabilirlo in 80 e chi in 100 anni; ma finì per prevalere la opinione, che non si dovesse stabilire *a priori* con una norma generale la durata delle due generazioni, e che si dovesse invece rimettere all'arbitrio del Giudice di determinarla in ogni singolo caso.

2° La prova principale e più comune in materia è quella per mezzo di testimoni. Questi devono deporre di aver sempre veduto quello stato di fatto (prova positiva) e di non aver udito dai loro antenati, che avessero veduto uno stato anteriore contrario o avutone cognizione (prova negativa). L'età dei testimoni deve essere avanzata, dovendo essi accertare di scienza propria, che per la durata di una generazione è sempre esistita quella condizione di cose. Molti interpreti si erano studiati di stabilire in via di regola generale l'età minima dei testi; ed aveva incontrato molto favore questa opinione: che i testi avendo a deporre di scienza propria su di un periodo di tempo corrispondente a quello di una generazione, cioè di 40 anni, dovessero avere almeno 54 anni (1). Tuttavia la maggioranza dei Dottori pensava che si dovesse lasciare al Giudice di apprezzare l'attendibilità e il valore delle testimonianze, anche per quanto ha tratto alla età dei testi.

Alla prova possono servire anche i documenti ma piuttosto come complemento della inchiesta testimoniale, che come prova principale. Può anche essere deferito il giuramento sia dal giudice per completare la prova o la controprova, sia dall'una parte all'altra.

3° La controprova può avere due scopi diversi. O può essere rivolta a combattere direttamente quella principale, dimostrando che durante le due generazioni esistette una diversa condizione di

(1) Confor. Trib. Aosta, 14 giugno 1876, *G. T.*, 1876, 505.

cose oppure che il possesso dell'avversario fu interrotto; o può avere l'intento di contrastare indirettamente a quella principale con dimostrare che lo stato attuale di cose ha avuto un ingiusto inizio, e che tra essi esiste un nesso continuo e insoluto di causalità (1).

Alla controprova possono servire non meno i documenti che le testimonianze.

341. — Il lavoro dottrinale, di cui a grandi linee ho riassunto lo svolgimento, aveva ordinato l'istituto della immemoriale nella sua funzione, nei suoi requisiti, nei suoi effetti, nel suo sistema probatorio.

Era quindi un istituto completo e pressochè perfetto all'epoca, in cui i popoli civili provvedevano a darsi un corpo di leggi codificato. Ma il punto della perfezione doveva segnare per la immemoriale l'ora della sua soppressione.

Il Codice Napoleone, primo in ordine cronologico, fu anche il primo a proscrivere la immemorabile, facendo solo grazia in ossequio al principio fondamentale della irretroattività della legge ai diritti già acquisiti. Di vero, come sappiamo, l'applicazione più importante nel campo del diritto privato era quella relativa alle servitù discontinue; ed è appunto a riguardo di queste che il legislatore francese manifestò la sua volontà di non più ammettere la immemorabile. L'art. 691 del Codice Napoleone così suona: " Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titres. La possession *même immémoriale* ne suffit pas pour les établir; sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession dans les pays, où elles pouvaient s'acquérir de cette manière ". Dei varii Codici nostrani, quello delle due Sicilie (art. 612), l'Albertino (art. 649, cap. ult.), il Codice Feliciano per la Sardegna (art. 302), riproducevano nella sostanza e pressochè nelle parole la intiera disposizione dell'art. 691 Codice Francese. Al contrario il Codice del Canton Ticino del 1838 (art. 278), dopo aver disposto che le servitù negative e le affermative non apparenti non possono acquistarsi senza titolo scritto, dichiarava semplicemente che il possesso sebbene immemorabile non basta a stabilirle, senza occuparsi degli effetti della immemorabile già compiuta; e il Codice Parmense (art. 540, capoverso) si limitava a disporre che le continue non apparenti e le discontinue non

(1) Savigny, *Sist.*, § 201; Windscheid, § 113.

si acquistano che per titolo, ma all'art. 26 delle Leggi transitorie completava il concetto legislativo dichiarando conservate le servitù già acquisite mediante prescrizione.

Il Codice Italiano non ha intieramente accettato alcuno di questi sistemi. Esso invero si accosta a quello Francese ed agli altri, che ne seguirono il modello, in questo, che all'art. 630 dopo di avere nel primo comma, in conformità di quanto avevano già statuito i precedenti legislatori, disposto che le servitù o non continue o non apparenti non possono stabilirsi che mediante un titolo, al capoverso dichiara poi che il possesso benchè immemorabile non basta a stabilirle, senza contenere alcun espresso provvedimento riguardo alle conseguenze prodotte dalle prescrizioni già compiute; nel che si uniforma al metodo tenuto dal legislatore Ticinese. Si avvicina poi a quello seguìto dal legislatore Parmense nell'avere con una speciale disposizione transitoria (art. 21) espressamente sancita la conservazione delle servitù già acquistate col possesso.

Il sistema adottato nel Codice patrio venne giustificato dalla Commissione di Coordinamento (Verb. 26, n. 3), col far ricorso alla sconvenienza che il Codice parlasse di servitù acquistate in modo diverso da quello da esso stabilito ed alla opportunità di riservare alle disposizioni transitorie la regola relativa alle servitù già altrimenti costituite.

Quando si attendeva alla formazione del Codice civile, la immemorabile ebbe qualche fautore. Il deputato Ninchi censurava vivamente la disposizione dell'art. 647 del Progetto definitivo (divenuto poi art. 630 del Codice); notando come si avesse la pretesa di violentare la natura e si facesse opera vana, non avendo alcun legislatore la forza d'impedire che dopo cento anni d'esercizio si ritenesse legittima quella servitù di cui s'ignorava la origine, ad eccezione del caso in cui si scoprisse un titolo contrario (1).

Non ostante queste difese, che la immemorabile ha ancora trovato, e sebbene lo stesso relatore Pisanelli per confutare il Ninchi (2), non adducesse già il proposito di escludere la immemorabile, ma soltanto il consueto argomento, che l'esercizio delle servitù discontinue o non apparenti non costituisce per presunzione di legge un quasi-possesso *ad usucapionem*, e sebbene, per di più, manchi nel Codice una disposizione d'ordine generale, tuttavia è mestieri ritenere che la immemoriale non è più accolta dai moderni legislatori. Ciò si desume dall'aver respinta la più saliente ed

---

(1) *Discussioni Parlamentari*, Coll. GIANZANA, II, n. 97, pag. 73.
(2) *Discussioni Parl.*, Coll. GIANZANA, II, n. 141, pag. 121.

interessante applicazione, che ne era fatta dalla pratica medio-evale, quella alle servitù discontinue.

Nè si dica che l'art. 630 Cod. civ. contiene una disposizione singolare, da cui per ragion dei contrarii è lecito desumere che in tutti gli altri casi si è voluto mantenere in vigore la regola da secoli osservata in materia di possesso immemorabile (1). A questa obbiezione risponde la disposizione transitoria finale, per cui restavano abrogate tutte le leggi anteriori, nelle materie che formano oggetto del patrio Codice. Ora fra queste materie vi ha appunto quella delle prescrizioni, riguardo alle quali il legislatore ha dettato un sistema completo, e tale da eliminare la immemorabile. Furono nettamente separate le cose prescrittibili da quelle che non lo sono (servitù discontinue, cose di pubblico demanio); per queste non si ammise più alcuna prescrizione; per quelle invece furono stabilite varie specie di prescrizioni, tutte di durata definita, di cui la più lunga è la trentennaria.

Di tal guisa non rimase più luogo alla immemoriale, di cui ognun vede come sia assolutamente cessato il bisogno. Dunque disposizioni positive e ragion giuridica si associano nel raffermare con argomenti decisivi la esclusione della immemoriale dal patrio Codice.

342. — La soppressione dell'istituto della immemoriale eseguita dal patrio Codice e prima di esso da quelli che reggevano i varii Stati, in cui si divideva la penisola, ha avuto per conseguenza che della immemoriale non sopravvivono più che alcuni effetti di diritto transitorio che sono come i pochi residui scampati al naufragio a testimoniare l'antica attività. Si avvicina a grandi passi il giorno, in cui, cessata la possibilità della prova, della immemoriale non rimarrà che il ricordo storico.

Per ora, siccome la influenza della immemoriale, per quanto possa servire a giustificare la esistenza di diritti già acquisiti anteriormente alle moderne codificazioni, non è ancora ridotta al nulla, conviene esaminare quelle poche applicazioni che può ancora avere, e le quali, ad eccezione di una, concernono rapporti di diritto pubblico.

1ª *Applicazione.* — Essa riguarda rapporti di diritto esclusivamente privato, cioè l'applicazione della immemoriale alle servitù discontinue.

In tesi generale devesi anzi riconoscere che siccome dal Codice Francese, che pure ebbe qualche anno d'impero in gran parte

---

(1) Corazzini, nella *Legge*, 1898, II, 688 e segg.; Cianci-Sanseverino, nella *Legge*, 1899, I, 463.

dell' Italia, e da quelli, che ad esso susseguirono prendendolo a modello, la immemoriale, come mezzo per stabilire le servitù discontinue, era stata proscritta, l'acquisto in passato di alcuno di tali diritti non può più praticamente formar oggetto di discussione, essendo assolutamente impossibile di dare la prova di una prescrizione *ab immemorabili* già compiuta prima della promulgazione dei Codici moderni.

La questione non può oramai aver importanza che per le antiche provincie Sarde e limitatamente al passaggio, in dipendenza di una particolare disposizione del Cod. Albertino, stato ivi in vigore dal 1838 al 1866. L'art. 649 di questo Codice ammetteva l'acquisto del *passaggio non abusivo* (1) col possesso di trent' anni; e viceversa non ammetteva l'acquisto di qualsiasi altra servitù e così anche del passaggio abusivo mediante il possesso sebbene immemorabile.

Nell'interpretare queste disposizioni si formarono due opposte teoriche. La prima vuole che si distingua: se il passaggio aveva le condizioni volute dall'art. 649 Cod. Alb., si può computare anche il possesso esercitato sotto il Cod. Alb. (2); e viceversa, se era abusivo, bisogna provare che la prescrizione immemoriale era già compiuta prima dell'attuazione del Cod. Albertino (3).

Secondo l'altra deve in ogni caso, sia o non sia abusivo il passaggio, essere giustificato che l'acquisto del passaggio mediante l'immemoriale era un fatto già compiuto nel 1804 al momento in cui andarono in vigore le leggi francesi abolitive di tal modo d'acquisto (4).

Ritengo perfettamente ragionevole la prima di queste due interpretazioni; perchè, dato il concorso di quelle condizioni per cui il possesso era idoneo secondo il Cod. Albertino all'acquisto del passaggio mediante l'usucapione, a più forte ragione il tempo trascorso, mentre vigeva quel Codice, doveva essere utile per integrare la immemoriale; poco importando che le anteriori leggi francesi non avessero riconosciuto questo istituto, perchè la esistenza della immemorialità, diversamente dalla sua efficacia, non è nella balìa delle

---

(1) Lo stesso art. 649, cap. 1°, aveva avuto cura di dichiarare che il passaggio doveva ritenersi abusivo ogniqualvolta esisteva altro passaggio sufficiente per l'esercizio del fondo.

(2) C. C. Torino, 28 febbraio 1866; 5 febbraio 1879; 13 maggio 1886; *G. T.*, 1866, 138; 1879, 217; 1886, 468.

(3) C. A. Torino, 30 aprile 1875; 7 giugno 1879; 31 dicembre 1887; C. C. Torino, 31 dicembre 1887; *G. T.*, 1875, 492; 1879, 759; 1888, 248 e 346.

(4) C. A. Torino, 4 febbraio 1887; C. C. Torino, 16 maggio 1882; *G. T.*, 1887, 240; 1882, 553.

leggi (1). Viceversa, mancando quelle condizioni, il possesso non poteva essere utile ad alcun effetto, neppure a quello di servire da coefficiente dell'immemoriale (2).

343. — 2ª *Applicazione.* — Essa riguarda l'acquisto per parte di un privato di una cosa di demanio pubblico. È notevole che in questa sua applicazione la immemoriale piuttosto che una prescrizione acquisitiva è dalla patria Giurisprudenza ritenuta come una causa, che fa presumere un'originaria concessione, un titolo realmente esistito ed al presente ignorato (3).

In ispecie la immemoriale era stata riconosciuta come legittimo mezzo di acquisto per parte dei privati di derivazioni di acque pubbliche facienti parte del demanio dello Stato (4). Ma la legge 10 agosto 1894 ha prodotto una grave modificazione. L'art. 132 Legge sui lavori pubblici disponeva: Nessuno può derivare acque pubbliche, nè stabilire su queste molini od altri opifizii, se non ne abbia un titolo legittimo o non ne ottenga la concessione dal Governo. La legge 10 agosto 1884, i cui articoli 1 e 24 sono stati riferiti sopra al nº 42, ha attribuito il valore di un titolo legittimo al possesso trentennario anteriore alla promulgazione di essa. Di fronte a questa legge l'applicabilità della immemoriale alle derivazioni di acque pubbliche deve ritenersi completamente cessata, perchè o si tratterà del tempo anteriore alla sua promulgazione, e basta il possesso trentennario, o si tratterà del tempo posteriore, ed in tal caso bisognerà distinguere, secondochè la derivazione sia effettuata su quella parte dell'acqua pubblica che è disponibile, o sull'altra invece che è indisponibile, per ammettere nel primo caso la usucapione, e per negare nel secondo la efficacia non solo di questa, ma anche del tempo immemorabile non più inscritto dalla patria legislazione fra i mezzi di acquisto, e che ad ogni modo sarebbe inetto a legittimare l'usurpazione commessa sopra un bene, che nel sistema imperante è sottratto all'opera di qualsiasi prescrizione.

344. — 3ª *Applicazione.* — Essa è perfettamente inversa a quella

---

(1) Vedi sopra n. 213.

(2) Anche accogliendo la opinione da me professata si scorge che la questione non ha quasi più importanza, perchè già oggi bisogna produrre testimonii di oltre 75 anni. Fra breve la prova sarà diventata assolutamente impossibile e la questione sarà relegata tra i ricordi storici.

(3) C. C. Napoli, 5 febbraio 1881; C. C. Roma, 23 gennaio 1900; *Legge*, 1882, I, 407; 1900, 2, 417.

(4) C. A. Torino, 4 marzo 1873; C. C. Torino, 16 marzo 1883; 31 gennaio 1887; *G. T.*, 1873, 196; 1883, 641; 1887, 171.

testè esaminata; perchè ha per oggetto l'acquisto di un diritto a favore di un'universalità di persone sopra cose di privata spettanza.

Questa funzione, attribuita al *tempus cujus memoria non extat* dal Fr. 3, pr., D. *de locis et itin.*, limitatamente alla viabilità (1), venne assumendo nel medio evo proporzioni immensamente più vaste per la confusione tra i rapporti di diritto pubblico e quelli di diritto privato; e di tal guisa la immemoriale venne elevata a mezzo generale di acquisto di diritti a favore di una comunità in dipendenza del possesso esercitato dagli abitanti (2).

I diritti stabiliti in tal guisa avevano il più delle volte il carattere di servitù prediali irregolari, la cui esistenza è ancora ammessa dal vigente sistema legislativo (3). Anzi, appunto perchè in generale queste servitù appartenevano alla categoria delle discontinue, si riteneva che non potessero in conformità della regola accettata in materia stabilirsi che mediante la prescrizione *ab immemorabili.*

La patria Giurisprudenza in ossequio ai principii fondamentali del giure transitorio ha dichiarato che i diritti di questo genere già stabiliti prima delle moderne codificazioni debbano ritenersi conservati.

I casi, in cui questa massima venne affermata, furono quelli del diritto di una Comunità di esercitare un pubblico giuoco del pallone (4) o di tenere la fiera del bestiame sopra il suolo di un privato (5); di usare delle acque scaturienti dalla sorgente sita in un fondo superiore privato (6); di valersi per servizii pubblici di una cappella privata (7); di passare sopra una strada privata (8).

345. — 4ª *Applicazione.* — È quella concernente le prestazioni di culto.

Essa è la più interessante, perchè mentre in tutte le altre applicazioni la immemoriale non ha più che un valore transitorio,

---

(1) Sopra n. 334.

(2) Vedi Caepolla, *de Servit.*, Tract. II, cap. IX, n. 26.

(3) Bianchi, *Trattato delle Servitù Legali*, n. 23 e segg.; C. C. Roma, 15 febbraio 1887, *Legge*, 1887, I, 433.

(4) C. C. Torino, 30 luglio 1873 e 30 ottobre 1883, *G. T.*, 1873, 653, e 1883, 1150.

(5) C. C. Torino, 29 aprile 1882, *G. T.*, 1882, 443.

(6) C. A. Torino, 28 marzo 1883, *Legge*, 1883, I, 770.

(7) C. A. Torino, 6 giugno 1887, *G. T.*, 1887, 514.

(8) C. C. Napoli, 25 agosto 1888, *G. T.*, 1889, 132; C. C. Roma, 18 gennaio 1889, *Legge*, 1889, I, 361.

allo scopo di tener fermi i diritti acquisiti prima della imperante codificazione, riguardo alle prestazioni di culto si è voluto richiamarla a nuova vita con effetti permanenti.

Sopra al n° 33 ho dimostrato che la usucapione non può estendersi, neanche nella forma di prescrizione congetturale del titolo, alle obbligazioni, non escluse quelle con un tratto continuativo, che può materialmente assomigliarle ai diritti reali e farle apparire capaci di possesso.

Una massima contraria, come ivi ho ricordato, era prevalsa sotto il Diritto comune, nel quale erano considerate come capaci di possesso e di tutela possessoria anche le obbligazioni, e specialmente quelle che dànno luogo ad una serie di successive prestazioni. Ammesso il principio, le conseguenze ne scendevano spontanee. In forza di un'evoluzione del tutto consentanea alla condizione della civiltà e ai bisogni sociali il fatto di aver esatto le prestazioni venne considerato come idoneo fondamento della immemorabile. Ma si comprese che, non ostante qualsiasi ampliazione del concetto del possesso, non si poteva estendere alle obbligazioni la immemorabile nella sua vera funzione, che è quella di creare il diritto, e si ricorse alla presunzione di un titolo originario resosi irreperibile determinata dalla longeva uniforme continuazione dello stato di fatto. Insomma la piramide si capovolse e diventò base per questa presunzione ciò che nella usucapione è vertice.

Le moderne codificazioni trovarono la immemoriale giunta a questo grado di svolgimento; e pur non avendola più iscritta fra le istituzioni da loro accolte, rispettarono i diritti che in forza di essa erano già legittimamente stabiliti.

È questo il principio che vale anche per le prestazioni di culto corrisposte *ab antiquo* dai Comuni agli Enti Ecclesiastici.

Il punto di questione consiste qui, come negli altri casi già illustrati, nella ricerca del modo con cui debbono determinarsi i diritti di questo genere, che si potevano ritenere già acquistati mediante la immemoriale al momento in cui cominciarono ad imperare le moderne legislazioni, che la soppressero. E nulla vi sarebbe da aggiungere ai criterii generici, se nella indagine non bisognasse aver presenti alcune particolari considerazioni derivanti dai caratteri del diritto pubblico vigente nei secoli passati e dalle relazioni che allora intercedevano fra il potere civile e l'autorità ecclesiastica.

Lo Stato e le minori aggregazioni, le quali entro la sua orbita svolgevano l'esistenza e l'opera loro, avevano natura eminentemente confessionale, di guisa che il servizio religioso era pubblico nel rigoroso senso della parola. Le spese di culto rappresentavano un dovere insito nelle funzioni degli Enti Politici e massimamente

del Comune considerato come un'associazione non solo di sudditi dello stesso Potere Sovrano ristretti entro una determinata cerchia territoriale, ma eziandio di uomini professanti una medesima fede, alla cui estrinsecazione la pubblica autorità secondo i costumi e secondo i principii di quella civiltà doveva fornire i mezzi opportuni.

Un'altra considerazione di non minore rilievo è questa. Anche quando non dipendevano da un obbligo imposto dalla legge, le prestazioni di culto per parte dei Comuni rispondevano allo spirito religioso dei tempi, alla sconfinata devozione verso l'autorità spirituale, alla corrente di quei sentimenti che allora portavano le popolazioni ai piedi degli altari.

346. — Gli elementi storici, che ho brevemente riassunto, mentre servono a stabilire il vero carattere delle prestazioni di culto dai Comuni fatte agli Enti Ecclesiastici per lungo volgere di secoli, somministrano anche il criterio per la risoluzione del problema giuridico.

La immemoriale, come la usucapione, ha la sua radice non già in qualsiasi stato di fatto, ma sibbene in quello che rappresenta l'esercizio di un diritto; la differenza fra i due istituti è puramente estrinseca, in quanto che nell'una la durata dello stato di fatto è prefinita *a priori* e parte da un momento, che è noto, e nell'altra è indefinita e risale ad un'origine lontana e involta nella oscurità, ma la sostanza non muta. Laonde ogni qual volta lo stato di fatto si riduce ad un godimento accidentale e precario, dipendente dall'altrui tolleranza o dall'altrui liberalità, esso, per quanto a lungo durato, vale men che nulla per l'acquisto del diritto. Per questa ragione, come si è ricordato sopra al n° 339, era stata dai Dottori estesa alla immemorabile la regola di diritto: *in facultativis non datur praescriptio.*

Ora questa qualità di godimento precario e facoltativo si manifesta nelle prestazioni di culto, che i Comuni eseguivano o per impero delle leggi, o per spirito religioso, e quindi per sentimento di liberalità e di ossequio alle idee predominanti. Abrogate quelle leggi, mutati i costumi, le prestazioni non hanno più alcuna base.

Questa è la regola generale. Ma vi sono anche le eccezioni; in certi casi particolari e anche non infrequenti le prestazioni alle chiese o a certi altari per la celebrazione di funzioni religiose erano imposte da contratti a titolo oneroso e commutativo conchiusi dal Comune o collo stesso Ente Ecclesiastico, ad es., in conseguenza del riscatto di decime parrocchiali eseguito dal Comune nell'interesse degli abitanti, od anche con terzi; spesso eziandio erano stipulate

nelle investiture e concessioni feudali e enfiteutiche come mezzo di ricognizione del dominio diretto ed eminente.

Ma appunto perchè le prestazioni di culto di questo genere rappresentano un'eccezione, laddove la maggioranza di esse ripeteva la propria origine o dalle disposizioni del diritto pubblico allora osservato o da quei sentimenti di cui più sopra ho fatto cenno, l'obbligo di provare l'origine contrattuale spetta all' Ente ecclesiastico, che pretende alla continuazione del diritto di esigerle. In mancanza di questa prova sta ferma la presunzione, per cui è da ritenersi che quelle prestazioni costituissero od un onere legale od elargizioni facoltative.

Questi riflessi mi conducono a riassumere le mie idee sul proposito in queste proposizioni:

1° Vi ha una regola generale, per cui colla promulgazione delle moderne legislazioni abolitive dei rapporti dapprima esistenti tra l'autorità ecclesiastica e il potere civile e del carattere confessionale degli Enti Politici deve ritenersi cessato l'obbligo di continuare le prestazioni di culto, senza che si possa opporre l'anteriore diuturnità di esse.

2° La regola non è applicabile ogni qual volta sia giustificata da chi vi ha interesse l'esistenza di un titolo originario diverso dalla generica obbligazione legale.

3° La immemorabilità non ha di per sè alcun valore in questa materia, stando contro di essa la presunzione di uno stato di fatto o determinato dalla legge od avente carattere arbitrario e facoltativo.

4° Ma assume la sua efficacia ordinaria in quei casi, in cui con tutti i mezzi di prova, non escluse le presunzioni, chi vi ha interesse dimostri che il Comune non corrispose la prestazione per la obbligazione legale e neppure per mera liberalità.

In questi casi la immemorabilità deve trovarsi già stabilita al momento in cui andarono in vigore le odierne legislazioni abolitive di quell'istituto.

5° Negli stessi casi la immemoriale ha il valore di una prescrizione acquisitiva o di una presunzione *juris et de jure.*

347. — Le conclusioni, a cui sono giunto attenendomi alle norme di diritto comune, sono tutt'altro che pacifiche in giurisprudenza, anzi, a dir il vero, la magistratura patria, tanto amministrativa quanto giudiziaria, propende a ritenere che le prestazioni risalenti ad epoca remota continuino indistintamente ad essere obbligatorie.

Non sarà inutile una sommaria disamina di questa giurispru-

denza e una breve critica delle ragioni addotte a sostegno della massima diversa da quella, che io ho propugnato.

Comincio da quelle decisioni dei patrii Magistrati, che hanno seguito i criterii direttivi, a cui io aderisco.

La C. C. Torino è stata quasi sempre costante nell'affermare il carattere meramente facoltativo delle elargizioni dei Comuni a scopo di culto, e la cessazione dell'obbligo di continuarle dopo le moderne codificazioni. Di tale sua tendenza fanno fede le sue decisioni 10 maggio 1882, 7 giugno 1887 e 12 ottobre 1887, *G. T.*, 1882, 487; 1887, 594 e 667.

Degna di un particolar cenno è la controversia in cui venne proferita la sentenza 31 dicembre 1887 di questa Suprema Corte. Si discuteva se alle prestazioni di culto togliesse il carattere di elargizioni spontanee e revocabili il fatto che il Comune aveva riconosciuto l'obbligo di esigerle in un atto antico, che non poneva in essere alcuna causa o corrispettivo permanente a vantaggio del Comune. La Suprema Corte Torinese reputò che la mutazione del carattere delle elargizioni non poteva essere stata prodotta da quell'atto, il quale era semplicemente un atto ricognitivo, non valevole ad alterare l'indole originaria del rapporto, tanto più che la ricognizione era stata fatta in tempi, in cui predominavano le medesime idee che avevano determinato la genesi delle prestazioni (1).

A questa dottrina accedevano la C. C. Roma, 27 agosto 1900, e 25 marzo 1895, *Legge*, 1900, II, 507; 1895, I, 577; e la C. A. Ancona, 25 gennaio 1896, *Legge*, 1896, I, 814. Notevole sopra tutte è la prima di queste decisioni, come quella in cui, più recisamente che in ogni altra, venivano affermati i concetti del carattere facoltativo delle spese di culto e della cessazione della loro obbligatorietà per effetto della mutazione del diritto pubblico ecclesiastico.

Agli stessi concetti s'ispirava la Giunta Amministrativa della Provincia di Grosseto nella sua decisione 23 febbraio 1894, *Legge*, 1894, I, 644.

348. — La contraria opinione, secondo la quale le prestazioni a scopo di culto continuerebbero ad essere obbligatorie pei Comuni, ha una decisa prevalenza nelle pronunzie dei patrii Magistrati.

Queste decisioni non seguono un unico indirizzo, poichè alcune

---

(1) Alla massima stabilita dalla C. C. Torino in questa sua sentenza 31 dicembre 1887, resisteva in sede di rinvio la C. A. Casale, 21 marzo 1890; e le Sezioni Unite della C. C. Roma, senza risolvere in merito la questione, rigettavano il ricorso contro la pronuncia della Corte Casalese con sent. 4 giugno 1892, *Legge*, 1892, II, 436.

di esse ricorrono al concetto della prescrizione acquisitiva, ed altre a quello della presunzione. Queste ultime non vanno neppur d'accordo fra di loro, perchè diversificano nello stabilire la qualità e il valore della presunzione determinata dalla continuazione delle prestazioni.

Aderirono al concetto della prescrizione acquisitiva mediante il quasi-possesso ad esigere durato *ab immemorabili* la C. C. Torino, 5 luglio 1881, *G. T.*, 1881, 613; la C. C. Roma, 9 maggio 1898, *Legge*, 1898, II, 688, e la C. A. Trani, 11 giugno 1898, *Legge*, 1898, II, 688.

Le altre decisioni, e sono il maggior numero, fecero capo alla teorica della presunzione.

Per alcune di esse la presunzione nascente dal fatto dell'esazione costituisce una presunzione semplice, *praesumptio hominis*, che nel difetto di altre prove non vale a giustificare il diritto. C. A. Genova, 25 novembre 1895, *Legge*, 1896, I, 44, e il Consiglio di Stato coi suoi pareri, 3 luglio 1874, e 18 aprile 1889, *Legge*, XIV, II, 276; *Man. Amm.*, 1889, 24.

Per le altre la immemorabilità della prestazione induce una presunzione *juris tantum*, che può essere impugnata dal Comune. C. A. Bologna, 13 febbraio 1894, *Legge*, 1894, I, 271; C. A. Firenze, 20 marzo 1894, *Legge*, 1894, II, 624; C. C. Firenze, con due sentenze del 28 febbraio 1895 e con altra del 21 novembre 1898, *Legge*, 1895, I, 586 e 587; 1899, I, 86.

Questa teorica della *praesumptio juris* ha trionfato nella giurisprudenza amministrativa tanto in sede consultiva, quanto in sede contenziosa; e basterà citare tra le numerose decisioni conformi, Cons. Stato (adunanza generale), 23 febbraio 1889; 10 aprile 1890; 11 luglio 1894; IV Sez., 22 marzo 1895; 10 aprile 1896; 19 gennaio 1900, *Legge*, 1889, II, 531; 1890, II, 819; 1894, II, 785; 1895, I, 604; 1896, II, 428; 1900, I, 573.

349. — Le ragioni, per cui la diuturna esazione della prestazione a scopo di culto non può fornire materia di prescrizione acquisitiva, furono già ampiamente svolte; e non è mestieri di altro aggiungere per dimostrare la erroneità delle decisioni che hanno applicato alle prestazioni stesse la immemorabile nella funzione di prescrizione acquisitiva.

Conviene invece esaminare l'indirizzo prevalente, che vede nella esazione *ab immemorabili* una *praesumptio juris*. È un indirizzo che non ha fondamento, nè razionale, nè tradizionale. Di vero la presunzione non è sancita dalla legge vigente; e il diritto comune imperante prima delle moderne codificazioni considerava la imme-

morabile non come una presunzione *juris*, ma come una prescrizione acquisitiva o, ciò che torna lo stesso, come una presunzione *juris et de jure*. Se nelle antiche consuetudini germaniche la immemorabile aveva il valore di una *praesumptio juris*, certo si è, che la dottrina svoltasi intorno alle costituzioni canoniche e specialmente la scuola e la giurisprudenza italiane la reputarono un mezzo di acquistare un titolo legittimo e inoppugnabile anche riguardo ai diritti di obbligazione.

Nè a ridurre la efficacia della immemorabile a una presunzione *juris* può addursi la circostanza, che contro di essa è consentita la prova contraria (1). È questo un argomento che snatura del tutto la immemorabile. Contro di essa è possibile la prova contraria, ma allo scopo di escludere, non semplicemente i suoi effetti, ma la sua esistenza con opporre prova contro prova. Tant'è che la prova contraria fu sempre ritenuta possibile, anche nel sistema, che alla immemoriale attribuisce la qualità di una prescrizione acquisitiva o di una presunzione *juris et de jure*.

La diversità tra la prova contraria alla *praesumptio juris* e la prova contraria alla immemorabile emerge netta, luminosa da questo riflesso: nel primo caso il bisogno della prova contraria sorge dopochè l'avversario ha giustificato la sussistenza della presunzione in tutti i suoi requisiti giuridici e di fatto; nel secondo quando la esistenza della immemorabile non è stata ancora giustificata, ed allo scopo di combattere la giustificazione offerta dall'avversario.

Se poi ci facciamo ad esaminare più da presso la materia in contesa, più chiaro ancora apparisce l'errore di questa dottrina, poichè la prova contraria è già insita nei caratteri stessi dello stato di fatto. Si dice che la diuturnità fa presumere il titolo, e che per tanto spetta al Comune di provare la inesistenza originaria della obbligazione. Questo sillogismo è evidentemente difettoso, perchè le circostanze, sulle quali si appoggia la sua premessa, pongono invece in essere una presunzione di godimento precario, facoltativo, dipendente dall'altrui liberalità. Se non che, anche ad ammettere la presunzione, che si vorrebbe ricavare dal fatto generico della ripetizione di certi atti, è manifesto che contro di essa si erige l'altra dedotta dal carattere di questi atti. Nel conflitto la prima di queste due presunzioni, che è generica, è sopraffatta dalla seconda, che è particolare alla materia e la cui vittoria è assicurata da quel principio logico della prevalenza della specie sul genere,

(1) Vedi Cianci-Sanseverino, *Il tempo immemorabile e le spese di culto*, n. IV, *Legge*, 1889, I, 461.

che è in modo positivo sanzionato tanto nel diritto civile quanto in quello canonico (1).

In altro luogo ho avuto l'opportunità di dimostrare che verun argomento persuasivo a sostegno della *praesumptio* si può ricavare dai Fr. 6, pr., D. *de usuris*, 22, 1, e Fr. 25, D. *de probat.*, 22, 3, (2). A quanto ivi ho detto, questo debbo aggiungere, che la presunzione di un'obbligazione determinatrice del pagamento è subordinata nel Fr. 25, *de probat.* ad eccezioni, restrizioni e temperamenti, e che, data una diversa interpretazione del testo, si escluderebbe ogni possibilità di applicare il tempo, *cujus memoria non extat*, come quello che non produrrebbe effetto maggiore e diverso da un solo fatto di pagamento.

Insomma a guardare a fondo si scorge che questa teorica della *praesumptio juris*, posta al luogo della *praesumptio juris et de jure*, in sua sostanza altro non è che un tentativo di transazione tra la efficacia normale dello istituto che si credeva di applicare e i bisogni della odierna civiltà. Il tentativo non è felice, perchè si aggira in un circolo vizioso e finisce coll'introdurre nel campo legislativo un istituto ibrido, ripugnante ai principii della legislazione vigente che più non riconosce l'immemoriale, difforme dalle regole di quella antica che l'ammetteva.

Non è poi da tacere, che è molto meno degna di censura la giurisprudenza amministrativa che la giudiziaria. In definitiva la prima si limita a rispettare quel rapporto tra l'Autorità Spirituale e il Comune, che trova consacrato dall'osservanza secolare, non potendo essa senza trascendere i confini delle sue attribuzioni risolvere la questione di diritto. Ma la decisione dell'Autorità Giudiziaria ha una portata ben maggiore, poichè sulla base di quella medesima non maggiore e non diversa presunzione, che aveva servito a tener fermo uno stanziamento nel bilancio del Comune, afferma la sussistenza di un'obbligazione perpetua. Di tal guisa, mentre la legge dichiara provvisorio persin l'obbligo di provvedere alla conservazione degli edifici inservienti al culto pubblico, la giurisprudenza prevalente ribadisce per tutta l'eternità sul collo dei Comuni il vincolo di obbligazioni create da altre leggi e da altri costumi, che in una con questi avrebbero dovuto scomparire. Se la legge regolatrice delle

---

(1) Fr. 80, D. *de R. J.*, 50, 17: " In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est ". — Reg. 34 *de R. J.*, in 6°: " Generi per speciem derogatur ". Questa regola si riproduce in tutto il campo del diritto. Vedi Fr. 41, D. *de poenis*, 48, 19; Fr. 99, in fin. D. *de legatis*, III (XXXII).

(2) Sopra n. 33.

spese di culto si farà attendere ancora molto, troverà il campo seriamente compromesso.

Non resta che di brevemente esaminare quell'altra parte della giurisprudenza, che vede nel fatto della continuazione delle spese di culto una presunzione semplice. Dal lato pratico poco vi è a dire, perchè questa giurisprudenza giunge al risultato di negare la obbligatorietà delle spese stesse, ove non sia altrimenti giustificata. Dal lato teorico debbo però rilevare che la *praesumptio hominis*, se è accettabile nei casi ordinarii di pagamenti, perchè il pagamento fa supporre il debito (sopra n° 33), non può ammettersi in questa materia, dove la presunzione, che ogni altra assorbe, è che le prestazioni dipendessero non da obbligazioni ma da servizii pubblici o da elargizioni spontanee e facoltative (1).

350. — Si domanda se la violazione delle norme relative alla immemorabile dia adito al ricorso per cassazione.

A me pare che al quesito non si possa dare una definizione unica e generale, ma si debba procedere per distinzioni.

Come ho ricordato sopra al n° 339, nella disciplina del *tempus ab immemorabili* vi era una parte composta di regole accettate dalla dottrina e dalla pratica, le quali avevano raggiunto un grado tale di certezza, da costituire un *jus receptum*. Queste regole confermate da una consuetudine costante ed universale hanno quindi il valore di una vera legge, la cui violazione può essere dedotta in Cassazione, al pari di quella di qualsiasi altra legge. Tale grado di certezza si ritrova nelle norme concernenti la funzione, la efficacia e i requisiti della immemoriale. La decisione, che si discostasse dai principii formanti il contenuto di queste norme, non potrebbe sfuggire alla censura della Cassazione.

Vi era poi un'altra parte di regole, sulle quali non si era formato nella dottrina e nella pratica un completo accordo, e non esisteva quindi un diritto consuetudinario, che si imponesse colla qualità e colla forza di una legge. Tali erano le norme del sistema probatorio (età dei testimonii, numero e durata delle generazioni); a riguardo delle quali le opinioni dissentivano. Dondo segue che la decisione, la quale accoglie una di tali opinioni, non può dirsi che abbia violato una legge, appunto perchè nè la opi-

---

(1) Sulla questione delle spese di culto vedi in vario senso Cianci-Sanseverino e Corazzini, Loc. cit.; Saredo, *Legge Com. e Prov.*, n. 10633; Giriodi, *Il Comune nel Diritto Civile*, n. 575; Astengo, *Man. Amm.*, 1888, 316; Scaduto, *Man. Dir. Eccl.*, I, n. 74[septies]; Schiappoli, *Le congrue e i supplementi di congrua*, C. III, § 10.

nione accolta nè quella contraria avevano acquistato la potenza di norme legislative.

È questo l'indirizzo, a cui implicitamente si sono attenute le nostre Corti di cassazione. Di vero da un lato troviamo: che furono annullate decisioni perchè avevano applicato in tema di immemorabilità il *non valens agere* (1), o per converso avevano applicato la immemorabile contrariamente alla regola *in facultativis non currit praescriptio* (2); perchè avevano disconosciuto la efficacia della immemoriale (3), ed in ispecie avevano ad essa negata la funzione di prescrizione acquisitiva (4). Dall'altro troviamo che venne costantemente negato il rimedio della Cassazione contro le decisioni, che avevano in materia d'ammissione e di valutazione di prove seguìto l'una piuttosto che l'altra delle diverse teoriche (5).

I professori Fadda e Bensa (6) opinano che anche su questo secondo genere di decisioni la Corte di cassazione dovrebbe spiegare la sua giurisdizione, ed a sostegno della loro dottrina adducono questi tre argomenti: che le norme formolate dalla scuola, se consone ai principii del sistema, costituivano un diritto positivo al pari di qualunque disposizione di legge; che dato il dissenso della scuola e del fòro circa una massima è còmpito della Cassazione di stabilire da qual parte è la verità; che il sistema genera i gravi inconvenienti di lasciare senza tutela le ragioni dei privati e di generare la incertezza del diritto.

Queste ragioni nulla hanno di persuasivo. Alla prima si è già in gran parte risposto. Il principio invocato dai professori Fadda e Bensa è giustissimo, ma l'applicazione è errata quando, come in ipotesi, correvano con pari fortuna parecchie teoriche diverse, e nessuna di esse aveva acquistato tale grado di supremazia da imporre silenzio alle altre e da restar sola nella scuola e nel fòro come norma regolatrice che si presenti al Giudice coll'autorità di una disposizione di legge. Quanto alla seconda, sta che alla Cassazione spetta il còmpito di attestare la verità. Ma quale? Certamente questa, che una legge è stata violata o falsamente applicata. (Art[i] 517, n. 3°, 540, n. 4°, Cod. proc. civ.). Ma se nel caso la scuola ed il fôro, uniche fonti legislative, dissentivano e formola-

---

(1) C. C. Torino, 20 marzo 1873, *G. T.*, 1873, 339.
(2) C. C. Torino, 7 giugno 1887, 12 ottobre 1887, *G. T.*, 1887, 594 e 667.
(3) C. C. Torino, 12 maggio 1871, *G. T.*, 1871, 444.
(4) C. C. Roma, 9 maggio 1898, *Legge*, 1898, II, 688.
(5) C. C. Roma, 4 gennaio 1878, *Legge*, 1878, I, 95; C. C. Torino, 8 febbraio 1883, 11 giugno 1885; 6 settembre 1887, *G. T.*, 1883, 334; 1885, 505; 1887, 631.
(6) *Note al Windscheid*, vol. I, pag. 135.

vano due regole diverse rivestite di pari autorità, la Cassazione non può dire che la verità stia in una piuttosto che nell'altra, e non può quindi censurare la scelta che il Giudice del merito abbia fatta di quella, che più gli parve conforme al giusto. L'ultimo degli argomenti addotti dai professori Fadda e Bensa poggia su di un fatto materialmente vero; ma gli inconvenienti da loro additati derivano dalla imperfezione della disciplina legislativa della immemoriale, a cui la Corte di cassazione non può porre riparo, essendo suo ufficio d'interpretare le leggi, come esistono, ma non di crearle o di colmarne le lacune.

TAVOLA ANALITICA-ALFABETICA

DELLE MATERIE TRATTATE IN QUESTO VOLUME

NB. *I numeri indicano i paragrafi.*

A

D

L

M

Q

R

INDICE

485, 486 }
488 " "